IL DIRITTO PRIVATO DEI ROMANI

AUTORE

LUIGI CAPUANO

Professore delle Istituzioni di Diritto Romano nella Università di Napoli
Socio ordinario dell'Accademia delle scienze morali e politiche e della Pontaniana
Consigliere di Corte di Appello titolare

Vol. 1.

NAPOLI
Stabilimento tipografico di Salvatore Marchese
1881

AVVERTENZE

Il Diritto privato de'romani, che ora per la prima volta vede la luce, forma la terza parte della Dottrina e Storia del Diritto Romano (1). Senza dubbio questo nuovo lavoro può stare da se; ma senza le altre due parti, molte cose che vi si contengono non si potrebbero del tutto comprendere. Questa necessità di tener presente le due prime parti per comprendere la terza, è una conseguenza dell' *unità* del lavoro, e del *metodo sistematico* che l'autore ha dichiarato di seguire fin dalle prime. Vi sarebbe stato certamente un modo di risparmiare a' lettori il fastidio di ricorrere alle due prime parti: si sarebbe potuto fare ripetendo le cose che si trovavano già dette. Ma chi avrebbe perdonato all' autore codesto procedimento? Esse sono altrettante nozioni *preliminari* del Diritto Romano in generale e della *Storia* delle sue *sorgenti*, le quali in questo nuovo lavoro servono a

(1) Alla prima parte appartengono i Primi, alla seconda La Storia delle sorgenti.

chiarire gl' ISTITUTI GIURIDICI che ne formano la materia. Tali nozioni si sogliono premettere in tutte le discipline che si trattano col rigoroso *metodo sistematico*, e massime quando per *metodo sistematico* s' intende, come noi abbiamo nelle *Prenozioni* del lavoro dichiarato, il *procedere* dal *noto* all' *ignoto* (1).

A questa prima avvertenza l'autore sente il bisogno di aggiungerne una seconda. Dopo il credito che le opere della Germania hanno acquistato in tutta Europa pel *modo* di esporre gl'*istituti giuridici* che formano la materia del Diritto Romano , facendo astrazione dagli altri pregi di cui è dotato un gran numero di esse , parrà strano il procedere suo, quando abbia preferito al *metodo moderno* quello degli antichi romanisti , che sembrava per sempre bandito dalle *Scuole*. Non sarebbe forse un *regresso* che l' autore abbia voluto affettare, sia per parere *singolare*, sia per dar pruova d' *indipendenza*, sia anche in *disprezzo* delle tendenze rese troppo facili e comuni ad *imitare* tutto ciò che abbia l'aria di *novità?* Si potrebbe sospettare questi ed altri intendimenti nell' autore , quando non si sapesse che egli ha seguito sempre questo metodo nell' insegnamento privato e pubblico, e quando non si trovasse già di avere in una Memoria letta nell' *Accademia delle Scienze morali* e *politiche* di

(1) Ved. pag. 20 e 21.

Napoli (1) fatta una breve istoria di tutti i metodi seguiti dal tempo dell' Irnerio sino a' nostri giorni, ed aver conchiuso sembrargli il migliore esser quello che più si avvicina al *metodo* delle Istituzioni di *Gajo*, che fu il metodo prediletto degli antichi romanisti (2).

Coglie poi questa occasione per dichiarare quel che avrebbe dovuto fare molto prima: vale a dire che, essendo la materia di questo lavoro stata esposta per tanti anni nel suo antico studio privato, e dal 1860 in poi nell' Università di Napoli, come da taluni, in parte noti ed in parte ignoti ai Professori del nostro Ateneo, s'introdusse il riprovevole costume di pubblicare le costoro lezioni con una forma più o meno abbreviata, ma sempre ibrida e svenevole, dando alla pubblicazione or questo or quell'altro nome; all'autore toccò la sorte di tutti gli altri. A sentire coloro che, valendosi della libertà della stampa, si permisero tali ruberie, essi furono a ciò fare consigliati dal desiderio di venire in soccorso dei giovani. Ma sel sanno costoro quanto giovamento trassero da quelle sconce pubblicazioni, fatte in società con taluni infelici editori per comun desiderio di guadagno! Nè bastò per arrestare l'illecito commercio l'azion penale istituita

(1) Di questo lavoro una parte è stata riprodotta nella presente opera. (Ved. pag. 20 e seg.)

(2) Ved. la detta Memoria nella raccolta degli Atti dell'Accademia, vol. VI.

da taluni Professori contro gli uni e gli altri. L'autore ha sempre protestato nel suo interesse; ed ora torna a farlo, in un modo anche più solenne, affinchè i lettori di questo libro sappiano apprezzare e distinguere l'opera sua da quella de' plagiarii o uccellatori delle cose aliene.

Napoli Gennajo 1881.

PRENOZIONI

CAPIPOLO I.

Concetto del Diritto privato

§ 1.

Separazione del Diritto Privato dal Pubblico.

Tutti gl'interpetri, tanto antichi quanto nuovi, riconoscono la distinzione del Diritto, fatta dai giureconsulti romani, in *pubblico* e *privato* (1).

Se non che, gli antichi in generale non misero giammai in dubbio ch' essa risalisse ai primi tempi di Roma (2); ma fra i moderni invece, in sullo scorcio del secolo passato, ed in sul principio del corrente, vi furono taluni, i quali credettero che anche presso i Romani, per lungo tempo, il Diritto *privato* fosse stato assorbito dal *pubblico* (3). Codesta opinione si fondava nel concetto che quegli scrittori avevano dello *Stato* romano. Per essi lo *Stato* non era che un' astrazione, nella

(1) Ved. Sigonio—de Antiquo jure civ. Rom. lib. 1. cap. 6. e de Antiquo jure Italiae, lib. 2. cap. 3.—Spanemio—Orb. Rom. lib. 1 cap. 9.—Einn. Antiqu. Rom. app. 1. § 23.—Donello—Comm. de jur. civ. lib. 2. cap. 5 e 6.

Walter—Stor. del Dir. di Roma, § 433—di Savigny, Sist. del Dir. Rom. § 54—Willems, Dir. pubb. de'Rom. lib. 1. cap. 2—Bluntschli—Dir. pubb. univ. cap. 1—Ahrens—Enciclopedia, lib. III. e IV.

(2) Ved. i citati scrittori.

(3) Ved. Gans, svolg. del sist. del Dir. Rom. § 3.—Puchta, Istit. Rom. § 39, 197 e 235. Hegel, Filosofia della Storia, pag. 298 (traduzione italiana). Niebhour, Stor. Rom. vol. 1. pag. 376-426 (traduz. franc.) Manna, Dir. amministr. Introd.

quale si venivano a confondere gl'individui che lo componevano, non avendo nè persona nè proprietà la quale non traesse origine dallo stesso (1). Insomma, per dirla con una formola moderna, era un *panteismo politico*.

In un sistema di questa natura, dove fuori dello Stato non vi sono esistenze indipendenti e che siano fine a loro stesse, senza dubbio non si può concepire che un *Diritto solo*, e questo dev' essere necessariamente il *Diritto pubblico*, perchè tutto dev'essere diretto a mantenere lo *Stato* nel suo massimo perfezionamento, qualunque sia la sorte dei suoi membri.

Egli è certo che molti Stati antichi erano così costituiti ed ordinati, ed i più grandi filosofi dell'antichità, come Platone ed Aristotile, così concepivano lo *Stato ottimo* (2). Ma quanto fosse falso codesto sistema nel rapporto dello *Stato romano*, venne da molti dimostrato (3); ed anche noi ci troviamo di averne discorso nella *Storia del Diritto* (4). E senza rifare i nostri argomenti, ci limitiamo a ricordare, che della distinzione e separazione del Diritto *privato* dal *pubblico* si trova fatta menzione nei più vetusti scrittori (5), ora colle stesse parole delle quali si servirono Ulpiano e Giustiniano (6), ed

(1) Hegel—Puchta—Niebhur, ivi—Ved. la nostra Storia, pag. 274 e seg.

(2) Repubblica di Platone—Politica di Aristotile.

(3) Ved Mommsen—Storia Rom. Vol. 1. pag. 76 (traduzione italiana). Jhering—Spirito del Dir. Rom. pag. 130-131 (traduzione italiana).

(4) Storia del Dir. vol. 1. pag. 274 e seg.

(5) Ved. i nostri Primi del Dir. rom. lib. 1. cap. X. § 4.

(6) ... Scriptorum *privatum* aliud est; *publicum* aliud: *Publicum*, lex, senatusconsultum, foedus; *privatum*, tabulae, pactum conventum, stipulatio (Cic. de Orat. n. 37.)

... Fuit haec sapientia quondam,
Publica privatis secernere, sacra profanis:
Concubitu prohibere vago, dare jura maritis:
Oppida moliri, leges incidere ligno. (Orazio de arte poetica, v. 395 e seg.)

ora colle classiche locuzioni di *jus civitatis* o *romanae civitatis* e di *jus quiritium*, le quali oggi non si dubita più che nell'antico Diritto fossero destinate a significare ciò che con linguaggio moderno diciamo *diritti politici* o *pubblici*, e *diritti civili* o *privati*, i quali non si possono ammettere, senza ammettere contemporaneamente la distinzione del Jus *publicum et privatum* (1).

Senza dubbio, vi fu un periodo in cui il *jus privatum* non era ben determinato, e questo fu il periodo *eroico* o *aristocratico* (2). Ma ciò non significa che non avesse un esistenza propria e distinta dal *publicum* (3).

Sembra certo però che questa distinzione fosse ignota a tutte le Nazioni che vissero innanzi, contemporaneamente e dopo i Romani, fino ai tempi moderni, in cui si venne non solo riproducendo, ma meglio determinando il concetto ed i confini dell'uno e dell'altro Diritto (4).

§ 2.

Indole propria del DIRITTO PRIVATO.

Noi non discuteremo nuovamente della differenza tra codeste due forme del Diritto, perchè ci troviamo di averlo fatto altrove (5).

Tuttavia ci par utile il ricordare qui i caratteri proprii del *Diritto privato*, come altrettanti criterii di cui si potrà aver bisogno nella valutazione degl' istituti giuridici che ne formano la materia.

Ed in prima: in generale, il *Diritto privato* regola i

(1) Ved. i PRIMI, l. c.
(2) Ved. la nostra Stor. del Dir. Romano, l. c.
(3) Ved. GANS—Sist. del Dir. Rom. § 3. (Traduz. del Turchiarulo).
(4) Ved. BLUNTSCHLI, cap. 1.
(5) Ved. i PRIMI, lib. 1. cap. 9. § 5.

rapporti tra i cittadini della medesima nazione, *uti singuli*, e *non uti universi.*

(Jus) privatum est quod ad *singulorum* utilitatem spectat (L. 1. § 2. D. lib. 1. tit. 1. de just. et jur.)

Alle volte però regola anche i rapporti tra i singuli cittadini e lo *Stato*; cioè i cittadini *uti universi.* Ma in questo caso, lo *Stato* figura non come *persona giuridica pubblica*, ma come *persona giuridica privata.* Così quanto ai beni patrimoniali (*bona quae sunt in patrimonio*), lo *Stato* è assimilato ad ogni altra persona. Ed è per questo che più specialmente prende il nome di *Fisco* (1).

Nello stesso caso non di meno, lo *Stato* gode certi privilegi nel conflitto colle persone *fisiche*, o con altre persone *giuridiche*, tranne se non agisse come successore di una di esse; poichè allora il privilegio viene a cessare pei rapporti contratti dall'autore, salvo a riprenderlo per quelli che si stabilissero di nuovo ed in suo nome sugli stessi beni:

Fiscus cum in *privati* jus succedit, *privati jure* pro anterioribus suae successionis temporis utitur; ceterum, posteaquam successit, habebit *privilegium suum.* (L. 6. pr. D. lib. 49. tit. 14. de jure fisci) (2).

Codesto privilegio si estende anche ai beni dell' imperatore e dell' imperatrice:

Quodcumque privilegii Fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet (ivi § 1).

Non pare però che il privilegio del *Fisco* fosse stato trattato con molto favore. Il giureconsulto MODESTINO

(1) Ved. PAULUS, sent. lib. 5. tit. 12—D. lib. 49. tit. 14—Cod. Theod. lib. 10. tit. 1—DONELLO, lib. 2. cap. 6—MAKELDEY, § 156.—Di SAVIGNY, § 86. e 88 in fine, 90-101—PUCHTA, § 91. n. 1.

(2) Ved. Di SAVIGNY § 89. n. 4 e 90, e la L. 3, Cod. lib. 7 tit. 37. dove si fa menzione della maggior parte di questi privilegi.

opinava che il Magistrato, il quale nel dubbio giudicasse contro il *Fisco*, non mancasse ai suoi doveri:

Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra *Fiscum* facile responderit (L. 10. ivi).

Ma l'avviso di quel giureconsulto non è stato inteso nello stesso senso nè dagli antichi interpreti, nè dai moderni (1).

In secondo luogo: il Diritto *privato* lascia ai cittadini la libertà di servirsi o no delle sue regole:

Unicuique licet contemnere ea quae pro se introducta sunt (L. 41. D. lib. 4. tit. 4. de min.)

Tuttavia, quando, nell'esistenza di una regola di Diritto *privato*, si faccia qualche atto giuridico senza sottometterlo ad una regola diversa, e senza derogare a quella stanziata dal Diritto comune, questa obbliga, ma non come regola di Diritto, bensì come presunta convenzione delle parti (2).

§ 3.

Dipendenza del Diritto PRIVATO *dal* PUBBLICO (3).

Quantunque il *Diritto privato* si distingua dal *pubblico*, tuttavia non si può del tutto separarlo dallo stesso.

In tesi generale, i poteri del cittadino che formano la materia del *Diritto privato* (*jura* in senso soggettivo o *jura privata*) si possono esercitare *quando* e *come* si vuole: e ciò nasce dalla natura *facultativa* di essi. Vi ha però dei casi in cui si può non farne uso; ma vo-

(1) Ved. BRUNNEMANNO, com. a questa L.—VOET, ad Pand. lib. 49. tit. 14. n. 2—GROZIO, Flor. spars. pag. 248—MÜHLENBRUCH, Doctr. Pand. § 202. n. 11.

(2) Ved. i PRIMI, l. c.

(3) Ved. DONELLO, lib, 2. cap. 8.

lendolo, non si può farlo se non colle forme stabilite dal *Diritto pubblico*. Così niuno può essere costretto ad agire contro i terzi per l'adempimento dei doveri che hanno verso di lui:

Invitus agere vel accusare nemo cogatur (L. un. Cod. lib. 3. tit. 7. ut nemo invitus agere etc.)

Ma volendolo fare, bisogna ricorrere al Magistrato colle norme stabilite dal *Diritto giudiziale:*

Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, *actionibus* experiaris. (L. 13. D. lib. 4. tit. 2.—Quod metus causa).

Così pure niuno può essere costretto a far testamento; ma qualora lo voglia, deve osservare le forme stabilite dal *Diritto*:

Testamenti factio non *privati*, sed *publici* juris est. (L. 3. D. lib. 28 tit. 1. qui test. fac. poss.)

A questa regola vanno soggetti tutti gli atti, tanto per le condizioni *essenziali*, per le quali gli uni si distinguono dagli altri, quanto per le condizioni *formali*, sia che vengano richieste per l'esistenza giuridica di essi (*solemnitatis causa*), sia che vengano richieste per istabilirne la pruova (*probationis causa).*

Vi ha in oltre taluni atti che sebbene riguardino l'interesse privato o individuale, pure non solo non possono farsi come si vuole, ma o si debbono eseguire necessariamente, o non si può impedire che avvengano, qualunque sia l'interesse contrario di coloro ai quali si riferiscono. Così il *pater familias* poteva nominare ai figli impuberi per tutore la persona che voleva, ma non poteva impedire che fossero soggetti a tutela.

E la madre ed i liberti erano obbligati a chiedere il tutore, minacciando all'una la riparazione dei danni, agli altri una pena corporale:

Sunt quidem quibus est necesse petere tutores, puta mater et liberti : ex his enim, illa damnum patitur, hi autem et puniuntur, si non petierint eos qui ex legibus defensores sunt (L. 2. § 1. D. lib. 26. tit. 6. qui petant tut. etc.)

Così finalmente il Preside della provincia dava il tutore anche a coloro che o non fossero presenti, o ignorassero che fossero soggetti alla tutela, o che la volessero evitare.

Illud semper constitit, Praesidem posse tutorem dare tam absentem, quam praesentem, et tam praesenti quam absenti: nec non ignoranti et invito (LL. 5 e 6 D. lib. 26. tit. 5. de tut. et curat.)

In questo senso si diceva che la *tutela* e la *curatela* erano anche di *Diritto pubblico*:

Tutelam et curam placuit *publicum* munus esse (Instit. pr. lib. 1. tit. 2. de excusat. tut. et cur.)

Ora in questa specie di Diritto bisogna distinguere due elementi: l'*utilità* di esso, e la *necessità*. L'*utilità* riguarda senza dubbio l' interesse *privato*; la *necessità* l' interesse *pubblico* (1).

Vero è che anche rispetto alle cose che appartengono al *Diritto pubblico*, si può fare la stessa distinzione, poichè quel che giova allo *Stato* giova anche agl' individui. Ma mentre la *necessità* rimane la stessa nei casi enunciati nel rapporto tanto del *Diritto pubblico* quanto del *privato*, l'*utilità* che deriva dal *Diritto privato* è *diretta*, e quella che deriva dal *Diritto pubblico* è *indiretta* (2).

(1) Ved. VINNIO, Comm. Inst. lib. 1. tit. 1. § 4—VICO, de uno univ. jur. pr. § 63—ed i Primi, lib. 1. cap. IX. § 5.

(2) Ved. DONELLO, lib. 2. cap. 5. VULTEJUS, Jurispr. Rom. lib. 1. cap. 2.

§ 4.

Criterio per distinguere il Diritto privato dal pubblico in generale.

Qual è dunque il criterio per distinguere in generale il Diritto *privato?* Parrebbe risultare dalle cose precedenti che esso consista nella *facoltà* di servirsi o no dei poteri che derivano dal Diritto. Tuttavia, riducendo a questa sola qualità il criterio, non sarebbe compiuto. Imperocchè vi sono alcuni poteri che derivano dal Diritto *pubblico*, e tuttavia il cittadino è libero di usarne. Tale era presso i Romani il diritto di *votare* nelle pubbliche assemblee (*jus suffragii*), del quale il cittadino poteva non servirsi; come oggi lo stesso diritto e quello di *petizione* sono *facultativi* e non *obbligatorii*. Perchè adunque il criterio sia compiuto, è necessario che alla qualità di *facultativo* il potere riunisca quella di essere *patrimoniale*.

§ 5.

Come si trova trattato ed esposto nelle fonti e CRITERII *per distinguerlo.*

Ne'tempi nostri, il *Diritto privato* non è solo distinto e separato dal *pubblico* quanto alle regole ed alle conseguenze, ma trovasi anche formolato ed esposto particolarmente. Ma Giustiniano, quantunque, come abbiamo osservato, riconoscesse di essere due cose diverse, tuttavia ne trattò insieme, innestando l'uno all'altro, secondo le occasioni, tranne alcune parti che si trovano trattate di proposito e distintamente, come della magistratura e della giurisdizione (1).

(1) Ved. Dig. lib. 1. tit. 9 e seg. ed il pr. del lib. 2.

Parte del *Diritto pubblico* fu sempre stimato il *Diritto divino* (1); perciò il metodo usato per trattare del *Diritto pubblico* in generale, fu seguito anche pel *Diritto divino*. Vero è che Giustiniano cominciò il suo Codice col definire la nuova religione, enunciare i nuovi funzionarii della Chiesa, e determinarne anche la competenza; ma ciò facendo egli non intese di separare questa parte del *Diritto pubblico* dal *privato*, ma di dichiarare i mutamenti che erano succeduti in questa parte del *Diritto pubblico*.

Un tentativo di separazione del *Diritto pubblico* dal privato, s'incontra piuttosto nel Codice Teodosiano (2), ma non sembra essere stato avvertito dai compilatori del Codice di Giustiniano.

Questa confusione dell'uno coll'altro Diritto costrinse gl'interpreti a stabilire i criterii per riconoscere nelle fonti quali regole appartenessero al *pubblico* e quali al *privato* (3). Di questi criterii ci troviamo anche noi di aver discorso in altra parte di questi nostri studi (4). Senza dubbio essi sono di gran giovamento nella valutazione delle regole e degl' istituti giuridici compresi nelle fonti di Giustiniano; ma senza lo studio di esse, non si giunge mai ad acquistare quella sicura coscienza del loro valore, che è necessaria nell'applicazione dei casi particolari. Imperocchè, tanto i giureconsulti, quanto gl'imperatori, non giudicarono del *Diritto pubblico* e del *privato* in generale, ma secondo i tempi e le circostanze. E forse in questo senso disse ULPIANO che il *Diritto pubblico* era determinato dalla *forma* del governo (*Status rei romanae*).

(1) Ved. i PRIMI, lib. 1. cap. IX.

(2) Ved. Giannone—Storia Civile del Regno di Napoli, lib. 2. cap. 7.

(3) Ved. Di SAVIGNY—Sistema del Diritto romano.

(4) Ved. i PRIMI, lib. 1, cap. IX.

§ 6.

Come venne trattato nella scuola.

Il metodo di Giustiniano fu seguito dagl' interpetri fino allo scorcio del passato secolo. Non è già che non vi siano state opere le quali trattando del *Diritto pubblico* si siano allontanate da questo metodo; ma i loro autori, o se ne occuparono in astratto (1), o se presero in considerazione specialmente il Diritto romano, si limitarono ad una nuda esposizione degli usi e dei costumi dei Romani, senza critica dell'origine, delle forme e delle ragioni onde si vennero stabilendo e trasformando secondo i tempi, e del come e perchè caddero per non più rinascere (2). Lavori di questo genere non s'incontrano che nello scorcio del passato e nel principio del corrente secolo. Noi non ci fermiamo a discorrere di questo argomento, perchè ci allontaneremmo dallo scopo che ci siam proposto con queste *Prenozioni*, le quali sono dirette soltanto a stabilire i rapporti tra i due Diritti, tanto per la forma, quanto per l' essenza. Una più ampia trattazione di questo e di ogni altro argomento che si riferisce al Diritto *pubblico*, appartiene alle opere destinate specialmente allo svolgimento di esso.

§ 7.

Autori che si occuparono del Diritto privato in generale, e degl' Italiani in ispecie.

L'uso di far precedere alla trattazione, sia generale,

(1) Ved. Bormero—Jus publicum.

(2) Tali sono le seguenti opere: Nieupoort—Rituum qui diu apud Romanos obtinuerunt explicatio—Adam—Le antichità Romane —Rosini—Antiq. Rom. A questo generale metodo parrebbe che facesse eccezione l'opera di Scipione Gentile, *De jure publico populi romani*, ma, come dice lo stesso autore nella dedica, essa consiste non in un *trattato*, ma in altrettante *tesi*, senza il debito svolgimento.

sia speciale del Diritto romano i nomi di coloro che si occuparono della medesima materia ed i titoli delle loro opere, si deve senza dubbio agli scrittori tedeschi degli ultimi tempi. Noi non possiamo dire chi sia stato il primo a seguir questo sistema, ma certo si deve confessare che sia stato un felice pensiere, di cui dobbiamo esser grati all'autore. Una volta esistevano delle opere speciali destinate alla bibliografia; ma queste, o abbracciavano tutte le discipline, o quando si limitavano ad una sola di esse, spesso non ne distinguevano le parti.

Codesti lavori bibliografici che precedono le opere moderne, sono più o meno perfetti. Tutti però contengono un vuoto di cui abbiamo a dolerci specialmente noi Italiani. Il numero dei nostri autori che scrissero sul Diritto romano sotto forme diverse, non è inferiore a quello delle altre nazioni. Riscontrando i cataloghi, si trova che in tutti i tempi si vennero pubblicando delle opere nelle quali il Diritto romano or fu trattato come Diritto puro, ed or come parte del municipale. Nondimeno è così raro di trovar citata alcuna di esse, che chi nol sapesse, direbbe che l'Italia sia la sola nazione dove siasi trascurato lo studio di un Diritto, che senza orgoglio si deve ritener per suo. Noi non pretendiamo che quello che fu scritto in Italia in questo genere sia tutt' oro; ma non è neppure di sì poca importanza da meritare l'obblio.

Un chiaro ed operoso professore di una delle Università italiane ha riparato in parte a codesto vuoto (1), ma la riparazione non è intera. Perciò chiuderemo questo capitolo con una storia letteraria dei soli scrittori italiani del *Diritto privato* dei Romani, secondo i tempi in cui successivamente vissero. Ma sentiamo il dovere di fare una doppia avvertenza. In prima ci è sembrato di poter

(1) Ved. le note di F. Serafini al Tratt. delle Pand. di L. Arndts, § 18. e seg. e gli Elem. di Dir. rom. § 13.

tralasciare gli scrittori stranieri, per non ripetere quello che trovasi in tutte le opere che ora corrono per le mani dei giovani. In secondo luogo, nel rapporto degli stessi scrittori italiani, ci siamo limitati a quelli soltanto che intesero a svolgere tutto il corpo del Diritto o una delle sue parti, occupandosi del *Diritto romano* puro. Degli autori di trattati speciali, o di *Diritto romano* applicato al *Diritto municipale* in qualunque tempo, faremo menzione nel corso del nostro lavoro, dove ce ne verrà porta l'occasione.

I)

DIGESTO E CODICE

Irnerii (Bolognese 1113) *Glossae* (1).

Rogerii o Frogerii (Beneventano 1162) *Glossae et Summae*.

Martini Gosia (Bolognese 1167) *Glossae*.

Bulgari (Bolognese 1168) *Glossae*.

Wilelmi de Cabriano (Bresciano 1170) *Summae in Dig.*

Ugonis o Hugonis *de Porta Ravennate* (Bolognese 1171) *Glossae*.

Iacobi *de Porta Ravennate* (Bolognese 1178) *Glossae*.

Cypriani (Fiorentino 1180) *Summae*.

Octonis (Pavese 1180) *Glossae*.

Pillii (Medicinese 1187) *Summae*.

Ioh. Bassiani o Bossiani (Cremonese 1190) *Summae*.

Alberici *de Porta Ravennate* (Piacentino 1192) *Glossae*.

Placentini (di Piacenza 1192) *Summae in Cod.*

(1) Ved. il significato delle voci *Glossae, Summae, Lecturae, Repetitiones* et *Commentaria—Digestum vetus, novum, infortiatum,* ne' Primi, Prenozioni, cap. II. § 4. e III. § 2.

Quanto agli anni in cui vissero i giureconsulti, ora sono relativi alla nascita, ora alla morte, ed ora al tempo intermedio.

Bandini (Pisano 1198) *Glossae.*

Lotarii (Cremonese 1208) *Glossae.*

Iacobi de Balduino (Bolognese 1213) *Glossae.*

Car. de Tocco (di Vitulano nel Beneventano 1217) *Summae.*

Rofredi o Ramfredi (Beneventano 1219) *Lectura in Dig. et Cod.*

Ugolini (Bolognese 1221) *Glossae et Summae in Dig.*

Accursii (Bagnolese 1221) *Glossae in jus civ.*

Cerroti di Accursio (Bolognese 1257) *Glossae.*

Azonis (Bolognese 1230) *Lecturae seu Comm. ad singulas leges.*

Franc. Accursii (Bolognese 1257) *Glossae.*

Odofredi (Bolognese 1265) *Lecturae.*

Guidi de Suzaria (Reggiano 1270) *Comm. in Dig.*

Andreae de Barulo (di Barletta 1270) *Comm. in Cod.*

Iac. Arenae (Parmigiano 1300) *Comm. in jus civ.*

Dini Mugellani (Bolognese 1304) *Glos. super Cod. et Dig.*

Cini (Bolognese 1336) *Lecturae super Cod. et Dig.*

Luca di Penna (Penna Abruzzi 1345) *Comm. in tres libros.*

Iacobi Butrigarii (Bolognese 1347) *Lecturae super Cod.* e *Comm. in Dig.*

Cristoph. Castedianei (Modanese 1348) *Comm. super Infortiatum.*

Ioh. Andreae (Bolognese 1348) *Comm. in Dig.*

Alberici Rosciati (Bergamasco 1354) *Comm. super Cod. et Dig.*

Bartoli de Saxoferrato (Bolognese 1355) *Comm. in Dig. et Cod.*

Franc. Albergoti (Aretino 1376) *Comm. in Dig. et Cod.*

Nic. Spinelli (Napoletano 1390) *Comm. et Lecturae in Dig. et Cod.*

Macii Lipomani (Veneziano 1390) *Distic. in totum corpus juris.*

Baldi de ubaldis (Perugino 1400) *Comm. in totum corpus juris.*

Angeli de Ubaldis (Perugino 1407) *De praecip. font. juris.*

Christoph. de Castellione (Milanese 1425) *Praelect. et Repetit.*

Paoli de Castro (1437) *Comm. in Cod. et Dig.*

Ludov. Pontani (Romano 1439) *Comm. in Dig. et Cod.*

Raph. Fulgosii (Piacentino 1440) *Comm. in Cod. et Dig.*

Ang. Perillii (Perugino 1446) *Comm. super Infort.*

Petri Philippi Cornei (Perugino 1462) *Lecturae super Dig. et Cod. Comm. in Cod.*

Ioh. Petrutii Montesperedi (Perugino 1464) *Comm. juris civilis.*

Ludov. Bolognini (Bolognese 1469) *Pandect. orig.* (1).

Ioach. Narniensis (Romano 1475) *Comm. super Infort.*

Alex. Tartagni (Imolese 1477) *Comm. ad jus civ.*

Vibii Pelionis (Perugino 1485) *Repetit. super Dig. et Cod.*

Angeli Aretini (da Arezzo 1486) *Lecturae.*

Iasonis de Mayno (Pesarese 1489) *Comm. in Dig. et Cod.*

Novelli Baldi (Perugino 1490) *Comm. in Dig. et Cod.*

Iacobi Georgii Asanto (Torinese 1493) *Lecturae super Dig. et Cod.*

Ang. Politiani (Montepulciano 1494) *Notae in Pandect.*

Ivi o Ivonis (Perugino 1500) *Comm. in Dig. et Cod. Lectura in Dig. nov.*

Ioan. de Platea (Bolognese 1500) *Lecturae.*

Matthaei de Afflicto (Napoletano 1514) *Lecturae super Cod.*

Ioann. Fran. Orbrii (Veneziano 1525) *Comm.*

(1) Ved. di Savigny.

PANCRATII IUSTINIANI (Veneziano 1527) *Pandectae.*

MARII SALOMONII (Romano 1530) *Comm. in Dig. et repetit.*

CAROLI RUINI (Reggiano in Lombardia 1530) *Comm. in jus civ.*

IULII CAPRAE (Padovano 1535) *Paraphr. in Dig.*

LUDOV. GOZADINI O DE GOZADINIS (Bolognese 1536) *Repetit. in jur. civ.*

PHILIPPI DECII (Modanese 1539) *Lecturae super Dig. et Cod. Comm. in Dig. et Cod.*

VINCENTII HERCOLANI (Perugino 1539) *Lecturae super Dig.*

AENEAE UBALDI (Perugino 1545) *Lecturae super Dig.*

ANDR. ALCIATI (Modanese 1550) *Opera omnia juridica.*

HIERON. CAGNOLI (Vercellese 1551) *Comm. in Dig. et Cod.*

HIPP. RIMINALDI (Veneziano 1555) *Comm.*

FRANC. CURTII (Padovanó 1555) *Repetit. in Dig. et Cod.*

WILEL. PONTANI (Perugino 1555) *Comm. super Dig.*

HIER. MESSAGII (Veneziano 1555) *Glossae.*

RUD. DE AURICARIA (Veneziano 1559) *Comm.*

FRAN. SCELI (Perugino 1566) *Comm. in jure.*

AYMONIS CRAVETTA (Ferrarese 1569) *Repetit. acutissimae in Infort.*

ANELLI IACOBI DE BOTTIS (Napoletano 1570) *Adnotat. in universum jus civ.*

TOB. NONII (Veneziano 1570) *Interpretat. et Comm.*

IOH. BOLOGNETI (Bolognese 1575) *Repetit. in Pandect. et Cod.*

MARCII MANTUA BONAVITI O BONAFIDI (Padovano 1582) *Prelaectiones juris civilis.*

FRANC. GARTIATI DE GARZATORIBUS (Vicentino 1582) *Compend. jur. civ.*

TERENTII TERENTIANI (Padovano 1590) *Comm. in omnes partes juris civilis.*

FLAVII PLORIANI (Perugino 1593) *Comm. in jure.*

AEG. CAFFARELLI (Veneziano 1595) *Erotemata.*

Honoph. de Honophriis (Fulginese 1599) *Comm. magnum in jure per alphabetum.*

Andr. de Barulo (Napoletano 1601) *Comm. in Cod.*

Arcasii (Bisagano 1612) *Comm. in jus civ.*

Oct. Amorini (Bolognese 1620) *Scolastica interpret. in Pandect.*

Aug. Caraviti (Napoletano 1621) *Adnotat. in corpus jur. civ.*

Iustachini (Padovano 1705) *Comm.*

Hiac. Vincioli (Perugino 1735) *Observat.*

Iosephi Averanii (Pisano 1738) *Interpretat. juris.*

Dom. Mangerii (Montepeloso 1766) *Pand.*

Serra (Faentino 1767) *Compend. delle LL. civ. estratto dal Gius Rom.*

Iosephi Toscani (Napoletano 1777) *de Caus. rom. jur.*

Vincentii Lupoli (Fratta maggiore nel Nap. 1787) *Iuris praelectiones.*

Bened. Gug. Sicuro (Catanese 1866). *Le Pandetta di Giustiniano.*

Nic. de Crescenzio (Molfettese 1869). *Sistema del Dir. civ. rom.*

Gius. Polignani (di Monopoli 1874). *Sinopsi delle Pandette Giustinianee.*

Gius. Ceneri (Bolognese 1874). *Intr. al corso delle Pand.*

II)

ISTITUZIONI

Accursii (Ved. il n. pr.) *Glossae.*

Alberici (Ved. id.) *Glossae.*

Gugl. Accursii (Bolognese 1304) *Casus longi Institutionum.*

Bartoli (Ved. id.) *Comm.*

PAOLI DE CASTRO (Ved. id.) *Comm.*

NICOL. SPINELLI (Ved. id.) *Lecturae.*

I. CH. PARCII (Pavese 1434) *Comm.*

ANG. ARETINI (Ferrarese 1496) *Comm.*

BARTOLOMEI CAMERARII (Beneventano 1521) *Repetit.*

IUVENALIS A CASTROFORTI (Pedemontese 1548) *Comm.*

CL. MARONII (Veneziano 1552) *Introduct. in Institut.*

TOMAE GRAMATICI (Aversano 1560) *Lectiones.*

TOBIAE NONII (Perugino 1570) *Comm.*

SEBASTIANI MONTICOLI (Vicentino 1582) *Comm.*

TERENTII TERENTIANI (Padovano 1590) *Comm.*

LAURENTII CASTELLANI (Padovano 1596) *Interpretationes.*

ALPH. ISACHI (Veneziano 1600) *Syntagma.*

IOH. ANDREAE FILANTI (di Taverna in Calabria 1602) *Comm.*

IOAN. B. SCURI (Romano 1602) *Explicat. in Institut.*

IOH. BATTISTA SAURI (di Cotrone 1603) *Compendiosa explicatio.*

FRANC. VIDUA (Padovano 1608) *Comm.*

VIRG. CAPRIOLI (di Vasto 1608) *Adnotationes.*

NIC. DE PASSERIBUS (Padovano 1615) *Comm.*

SCIP. BONANNI (Fulcinese 1618) *Comm.*

ANTONII FABRI (Savojardo 1624) *Iurisprud. papin. ad institut.*

HIERONYMI ALIANDRI (Mottense 1629) *Epitome.*

JULII PACII (Vicentino 1634) *Synopsis et Epitome.*

FULVII COSTANTINI (Perugino . . . .) *Comm.*

JOSEPHI CAVALIERI (Napoletano 1653) *Explicationes.*

FR. ANT. SCAMBATI (Romano 1632) *Comm.*

FRANC. VERDI (S. Antimo 1668) *Tyrocinium ad universum jus Civ. juxta formam Instit.*

DIDACI DE AGUIRRE (Siciliano 1693) *Praxis instit.*

GAET. PISACANE (Napoletano 1694) *Comm.*

CAM. CARAVITA (di Eboli 1704) *Comm.*

Enr. de Magistris (Napoletano 1705) *Enchironomia civilis juxta ordinem Institut.*

Joh. de Stephano (Napoletano 1708) *Institutiones imperiales.*

Franc. Mariae Gasparri (Romano 1735) *Comm.*

Josephi Pascalis Cirilli (di Grumo 1737) *Comm.*

Cardinal De Luca (Romano 1740) *Instit. ed il Dottor volgare.*

Ferd. De Luca (Venosino 1741) *Instituta Civili.*

Jani Vincentii Gravina (Scalea o Reggio 1774) *Instit jur. Civ.*

Ant. Ganino (di Jatrinoli-Calabria 1752) *Le istituzioni civili in verso vulgare.*

Bernardi de Ferrante (di Diamante-Calabria 1754) *Institutae Imperiales.*

Nic. Piccinini (Castel Saraceno 1757) *Imperiales Institutiones.*

Pasc. Ferrigni (di Costa d'Amalfi 1761) *Elementa jur. Civ. secundum ordinem institut.*

Dom. Mangieri (Montepeloso 1776) *Elem. jur. Civ.*

Gaet. Pisacane (Napoletano 1768) *Juris Civ. Elementa.*

Mar. Guarani (Melito 1768) *Syntagma Romani jur.— Praelect. ad Institut. Just.*

Oront. Figherii (Martina 1769) *Elementa jur. Civ. secundum ordinem Institut.*

Dom. Cavallarii (Garopoli-Calabria 1780) *Institut. jur. Rom.*

Joseph. Basta (S. Nicolò dell'Alto, Calabria 1780) *Institut. jur. Rom.*

Carm. Fimiani (S. Giorgio la Montagna 1782) *Elementa jur. Rom.*

Nic. Valletta (Arienzo 1782) *Jur. Rom. Instit.*

Giov. Selvaggi (Muro 1785) *Institut. Civ. del Diritto Romano.*

VINCENT. LUPOLI (Fratta Maggiore 1786) *Jur. Imper. Praelect.*

FRANC. FRAVETH. (Lecce 1787) *Le civ. Inst. secondo quelle di Giustiniano.*

ANT. PHIL. MONTELATICI (Fiorentinò 1778) *Elementa Iur. civ.*

NICOL. SALVATOR (Mantovano 1778) *Lectiones.*

ARCASII (Torinese 1784) *Comm. in Instit.*

GIUS. DALL'OLIO (Romano 1805) *Elementi delle LL. civ. rom.*

BANDIERA (Sanese 1805) *Institut. Iur. Civ.*

CREMANI (Ticinese 1806) *Institut. Iur. Civ.*

BERTOLOTTI (Torinese 1815) *Instituzioni di Diritto Civile.*

FRAN. SAV. BRUNO (Napoletano 1823) *Elementi del Diritto Civile secondo l' ordine di Giustiniano.*

P. VERMIGLIOLI (di Perugia 1830) *Elementi, ossiano Istituzioni civ. di Giustiniano.*

SPARAPANI (Camerino 1833) *Elementa jùr. civ.*

P. A. ABATEMARCO (Napoletano 1839) *Com. alle Ist. del Warnkoenig.*

FORTI (Fiorentino 1842) *Istituz. Civ.*

DEL ROSSO (Fiorentino 1846) *Saggio di Diritto romano attuale.*

MERLO (Torinese 1844) *Istituzioni del Diritto Civile*

PATERI (Torinese 1852) *Iustiniani Institut.*

SEVERI (Sanese 1852) *Istituzioni di Giustiniano.*

ARCIERI (Rionero 1853) *Studii legali.*

DE GIORGIO (Padovano 1855) *Elementi di Diritto Romano.*

ANSELMI (Torinese 1856) *Istituzioni.*

SERAFINI (Padovano 1857) *Elementi di Diritto Romano ed Istituzioni di Diritto Romano.*

TEDESCHI (Veronese 1857) *Traduzione delle Istituzioni di* GAJO. *con annotazioni ed appendici.*

Capuano (Baselicese nel Beneventano 1864-1879) *I Primi del Diritto Romano.*

Doveri (Fiorentino 1866) *Istituzioni di Diritto Romano.*

Barinetti (Milanese 1869) *Diritto Romano.*

Ronga (Torinese 1871) *Elementi di Diritto Romano.*

Moriani (Sanese 1872) *Programma per le lezioni di Dir. Rom.*

Forlano (Milanese 1873) *Corso sistematico di Diritto Privato.*

Bellavite (Padovano 1873) *Note di Diritto Civile e Lezioni di Dir. Rom. raccolte da G. Leone* (1879).

Plastino (di Rionero Potentino 1877) *Istituz. del Dir. Rom.* (1).

CAPITOLO II.

Metodo col quale deve essere trattato il *Diritto privato.*

§ 1.

Breve storia di questo metodo (2).

Noi abbiam veduto altrove come e perchè sino al secolo XVI, nell' esposizione *scritta* od *orale* del Diritto Romano non si facesse quistione di *metodo.* Fu in questo secolo che per la prima volta tra Cujacio e Donello sorse la disputa se il *Diritto romano* si dovesse esporre e trattare coll' ordine seguito nel-

(1) Questa biblioteca è stata compilata colla guida delle seguenti opere:

Gravina (de orig. jur.)—Fraheri (*Teatr. juriscon.*) *Bibliotheca Casanatensis*— Giustiniani (*Mem. stor. degli Scritt. leg. Napoletani*—Di Savigny (*Stor. del Dir. Rom. nel medio evo*)—Serafini, Op. citata.

(2) Ved. Blondeu (des méthodes de classification ec. *Themis,* tom. 3).

la compilazione di GIUSTINIANO, o con un ordine diverso (1). Codesta quistione fu malamente intesa, imperocchè generalizzandola, si credette che CUJACIO preferisse nello svolgimento del *Diritto positivo* il metodo *legale*, ed il DONELLO lo *scientifico*; e così nacque l'opinione che CUJACIO fosse l'autore del metodo *esegetico*, e DONELLO del *sistematico*, come si disse di poi. Mà dimostrammo non esser questo il senso di quella sventurata controversia, che fu cagione di un odio tra quei due chiarissimi interpreti, il quale avea tutta l'apparenza del livore (2). Essa era ristretta a giudicare sotto il rapporto del *metodo* la compilazione di GIUSTINIANO.

In generale gl' interpreti riconobbero che, tranne le ISTITUZIONI, le due altre parti di questa compilazione, cioè il DIGESTO ed il CODICE, erano state composte senza metodo, o che quello che s'intese di osservare, era così arbitrario, che non ne meritasse il nome (3). Ciò non di meno si continuarono a scrivere opere seguendo chi l'esempio del CUJACIO (4) e chi l'esempio del DONELLO (5).

Vi furono però alcuni, i quali credendo di conciliare l'un metodo coll'altro, ne inventarono un terzo, a cui dettero il nome di *dommatico* (6).

(1) Ved. i PRIMI—Prenozioni, cap. 3, § 3, e specialmente la nostra *Memoria* intorno alla *storia de' metodi circa l' esposizione scritta ed orale del Diritto Romano dall'*IRNERIO *sino ai nostri giorni,* letta nell' Accademia delle *scienze morali* e *politiche*, nella tornata del giorno 14 marzo 1880, e pubblicata nel vol. XVII degli atti.

(2) Ved. le opere citate.

(3) Intorno a questa quistione, Ved. CUJACIO, Obs. lib. II. cap. 38. DONELLO, lib. 1 cap. 1. VULTEJUS, Jurispr. Rom. Prolegom. 32 e seg. OTTOMANNO, Obs. in praef. lib. 5. WESSEMB. ad § 1. Inst. de test. ord.; e specialmente OTTONE, Notae crit. et Com. Inst. lib. 1. cap, 3. pr.—TIBAUT, Sist. delle Pand. § 6.

(4) BRUNNEMANNO, FABRO ec.

(5) DUARENO, VIGELIO ec.

(6) VOET, WESSEMBACHIO ec.

Or questi tre metodi si distinguono per lo *scopo* e pel *processo logico*. L'*esegetico* si propone di svolgere il tenore di ciascun testo coll'ordine stesso col quale vennero collocati, e si serve perciò del *processo analitico*.

Il *sistematico* in vece si propone di ridurre ad unità la varietà dei testi e degli istituti giuridici che dagli stessi sono rappresentati, ed ha perciò bisogno dell'*analisi* e della *sintesi*.

Il *dommatico* siegue lo stesso processo del *sistematico*, ma solamente per rinvenire nella varietà dei testi relativi a ciascuno istituto giuridico i principii comuni dai quali sono informati, senza curarsi dei rapporti nei quali codesti istituti logicamente si trovano tra loro, ed in qual modo debbano essere disposti secondo l'organica loro dipendenza (1).

Per lungo tempo questi tre metodi furono egualmente adoperati, sia scrivendo, sia insegnando il *Diritto romano*. Ma in sullo scorcio del secolo passato vennero abbandonati tanto l'*esegetico*, quanto il *dommatico*: il *sistematico* invece crebbe d'importanza, e così tutti i cultori del *Diritto romano* si riunirono in una sola scuola (2).

Ma non andò molto e due altri metodi vennero a ripigliar la pugna. A questi metodi fu dato il nome di *storico* e di *razionale*. Anche questi metodi si distinguono per lo *scopo* e pel *processo*. Lo *scopo* del primo consiste nel non ammettere che i soli istituti giuridici i quali nascono dalla vita pratica dei popoli, ed il *processo* è l'*analisi* di questa vita riguardata sotto il rapporto *pubblico* e *privato*, *interno* ed *esterno* (3). Quan-

(1) Ved. GANS, Sist. del Dir. Romano, § 5 e seg. (Traduz. del Turchiarulo). MAKELDEY, § 119. e seg. MÜHLENBRUCH, § 28.

(2) Ved. gli scritt. preced.

(3) Ved. DI SAVIGNY, Vocazione del secolo, capitolo 1. in f.

to al secondo, lo *scopo* consiste nel porre i *pronunziati della ragione* in luogo dell'*esperienza*, ed il *processo* è la *sintesi* (1).

Or, dove non si definisse esattamente l'occasione la quale dette nascimento a codesti ultimi metodi, potrebbe sembrare che non avessero nulla di nuovo tranne i *nomi*, attesochè l'uso dell'elemento *storico* e *razionale* nella interpetrazione delle leggi in generale, e delle romane in ispecie, s'incontra fin dal secolo XVII (2), massime in Italia, dove ad imitazione del Gravina e del Vico, si venne iniziando una scuola, la quale fu interrotta, non si sa se per gli avvenimenti, o per l'inerzia degl'Italiani (3). Ma non è sotto questo rapporto che si deve giudicare della novità degli enunciati metodi.

Bisogna ricordare che nell'epoca in cui apparvero, era succeduto un gran rivolgimento nelle legislazioni di Europa. In Francia (1806), in Prussia (1811) ed in Austria (1812) si erano pubblicati dei Codici, i quali avevano tutta l'apparenza di essere il frutto del *razionalismo* (4), che da poco tempo si era sostituito al principio di *autorità*. Il Codice *Francese* in ispecie menava tanto rumore, che avea raccolta la simpatia di molti paesi dell'Europa e ne divenne l'aspirazione, alimentata dall'autorevole voce di chiarissimi scrittori (5). Ora non per revindicare il principio di *autorità*, ma per combattere le esagerate pretensioni del *razionalismo*, alcuni si levarono a sostenere che le leggi non si creano

(1) Ved. Gans, Svolgimento logico del sist. di Dir. Rom.

(2) Ved. la Prefaz. alle Select. ex jur. civ. antiq. del Brissonio, di Alb. Treckell.

(3) Ved. la nostra Storia del Diritto Romano, Intr. § 2.

(4) Ved. Di Savigny, oper. cit. cap. 6.

(5) Schmid, Risorgimento della Germania — Ved. Di Savigny, oper. cit. cap. 6 in f.

a priori , ma vengono imposte dai costumi e dai tempi , invocando l'esempio delle Romane , le quali furono l'opera non della sapienza di uno o di alcuni uomini , ma dell' esperienza di tutto il popolo , e di molti secoli , come diceva CICERONE (1). Così ebbe origine la *scuola storica*. Essa però incontrò forte resistenza nei seguaci della *codificazione* , i quali presero il nome di *scuola razionale* o *filosofica*, e ne sostennero l'assunto con una forma non meno passionata ed ostile di quella di cui si erano serviti CUJACIO e DONELLO per difendere la loro opinione circa la compilazione di GIUSTINIANO (2).

La scuola *storica* e la scuola *filosofica* dunque, quanto all'origine, si distinguono pel modo di *manifestare* il Diritto, e non pel modo di *esplicarlo*: esse suppongono una legislazione in via di *formazione* , e non una legislazione già *formata* , o come si dice nella scuola, un *jus condendum*, e non un *jus conditum*. Tuttavia i loro seguaci si servirono degli stessi criterii per rifare la legislazione di Roma : gli uni seguendo l' ordine col quale gli istituti giuridici che la compongono si vennero introducendo ; gli altri disponendoli secondo i rapporti di *priorità* o di *affinità*, nei quali la mente li concepisce *a priori* , facendo astrazione dal tempo e dallo spazio, e conservando loro soltanto la forma *positiva*. Cosi sotto un altro aspetto la scuola *storica* si confonde colla *legale* e la *filosofica* colla *sistematica*.

Intanto, era appena nata la scuola *sistematica*, ed i suoi seguaci posero in campo un altro problema, cioè presero a disputare , se per avere il *sistema* fosse lecito di ordinare le materie a piacimento , o se si dovesse piuttosto farlo secondo certe regole dialettiche.

(1) Ved. il testo di CIC. ne'*Primi*, lib. 1. cap. 12, e nella Stor. Intr. cap. 1.
(2) Ved. il princ. di questo cap. e la n. 1.

Ma tanto fra gli antichi, quanto fra i moderni prevalse la seconda opinione (1).

Ora quali sono le regole che essi richiedono per avere il *sistema*? Il DONELLO, volendo dimostrare che la compilazione di Giustiniano non fosse ordinata *sistematicamente*, disse che le sue parti non erano state disposte in guisa che quelle le quali dovevano precedere, fossero state messe in *primo* luogo, e quelle che dovevano seguire in *secondo*, e così del resto; ma erano state invece collocate alla rinfusa ed a caso.

« Quid magis artis, quam *ordo*, et recta tum *comprehensio*, tum *collocatio* rerum ad finem ducentium, ubi suo quaeque loco traduntur, efficitur denique, ut quae natura *prima* sunt, *primo* loco; quae *secunda, secundo*; et ita deinceps suo quaeque ordine recte locata, dilucide et sine confusione explicentur? Quid contra arti magis contrarium, quam ordinis perversio, uti quae *priora* esse oportuit, et quibus non cognitis caetera non intelligantur, ea ponere *extremo loco*; quae autem erant *posteriora*, et naturae ordine sequi oportebat, ea collocare *primo*? (2).

Dunque, secondo il DONELLO, il sistema consiste in un *processo logico*, per mezzo del quale, nell' esporre qualunque disciplina, si deve dal *noto* passare all'*ignoto*; il che non si può fare se non quando le parti di essa si dispongano ciascuna nel proprio posto, secondo i rapporti nei quali si trovano per la natura stessa delle cose.

Codesto criterio del metodo, che trovasi ammesso anche dagli scrittori moderni (3), dal lato *razionale* ed

(1) Ved. gli scrittori seg.

(2) Comm. lib. 1. cap. 1. num. 13.

(3) Ved. Gans (Op. cit. § 7). DI SAVIGNY (Vocazione del secolo, cap. 2). MUHLENBRUCH (Doctr. Pand. § 28

astratto non era nuovo, perchè l' abbiam veduto raccomandato anche presso Cicerone ed i giureconsulti (1). Nè era da mettersi in dubbio, poichè i filosofi convengono che le verità sono per natura così connesse, che non si potrebbe separarle o romperne il nesso, senza oscurare la disciplina alla quale appartengono (2). Inoltre, essendo il Diritto un *organismo* (3), suppone che le sue parti siano unite ed aggregate con una necessità dialettica tale, che altrimenti non potrebbero concorrere a formare la vita e l' attività con la quale agisce sul mondo esteriore.

Ma restava a vedere in *pratica* come il contenuto della *ragion civile* in generale, ed in ispecie della *romana*, dovesse essere disposto pel magistero dell' *insegnamento*, sia *orale* sia *scritto*.

Una delle parti della compilazione di Giustiniano erano le Istituzioni. Esse vennero destinate ad iniziare i giovani nella *scienza* e nella *storia* del Diritto; erano perciò state compilate con un metodo più *didascalico* delle altre parti, e divise in quattro libri.

.... Incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita maxime videntur posse tradi commodissime,

(1) Ved. i *Primi*, lib. 1. cap. XII. e la Stor. del Dir. Intr. §. 2.

(2) Il Rosmini, che ha scritto quattro secoli circa dopo il *Donello*, sembra di averlo tradotto quando, parlando del metodo, dice le seguenti parole:

« Le verità che si vogliono esporre o comunicare si debbono distribuire in una serie, nella quale la prima verità non debba aver bisogno per essere intesa delle verità che vengono in appresso; la seconda abbia bisogno della prima ma non della terza e delle seguenti; e così in generale ciascuna si debba intendere mediante le precedenti, senza che siano necessarie alla sua intelligenza quelle che non sono ancora annunciate, ma restano ad enunciarsi (Logica, lib. 2. sez. 4. cap. 2. 4).

(3) Ved. i Primi, lib. 1. cap. 12.

si *primo* levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione *singula* tradantur. Alioquin, si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi, multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore ejus, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque juvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus, sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset (lib. 1. tit. 1. § 2).

Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collectum est.... in hos quatuor libros easdem institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimae scientiae *prima elementa*. (Prooemium § 4).

Nel primo libro si contengono tre cose:

a) Le nozioni generali del Diritto considerato in se stesso, cioè come Diritto *obbiettivo*, e la distinzione dello stesso in *publicum* et *privatum*:

« Hujus studii duae sunt positiones, *publicum* et *privatum*. Dicendum est igitur de *jure privato*, quod tripartitum est: collectum est enim ex *naturalibus* praeceptis, aut *gentium*, aut civilibus (tit. 1. § 4).

b) Le forme che assunse presso i Romani nell'esterna manifestazione:

« Constat jus nostrum aut ex *scripto* aut *non ex scripto*.... *scriptum* autem jus est lex, plebiscitum, senatus-consultum, principum placita, magistratuum edicta, prudentum responsa.

Sine scripto jus venit quod usus comprobavit (§§ 3 a 10. tit. 2).

c) La partizione del contenuto del Diritto *privato* in *personae*, *res* et *actiones*, e la trattazione delle *personae*.

Omne jus quo utimur, vel ad *personas* pertinet, vel

ad *res*, vel ad *actiones*. Et prius de *personis* videamus: nam parum est jus nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur (tit. 2. § 12).

Nel libro secondo si contengono due cose:

a) La Dottrina delle *res* considerate come corporali e come incorporali:

Superiore libro de jure *personarum* exposuimus: modo videamus de *rebus* (tit. 1).

Quedam res *corporales* sunt , quaedam *incorporales* (tit. 2. a 5).

b) I modi *particolari* , ed una parte dei modi *universali* di acquistare:

***Singulorum* hominum multis modis res fiunt : quarundam rerum dominium nanciscimur jure *naturali*... quarundam *jure civili* (§ 11 e seg. tit. 1. e 6. a 9).**

Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum *singulae* res adquiruntur... videamus nunc quibus modis per *universitatem* res vobis adquirantur (§ 6. tit. 9. e tit. 10. a 25).

Nel libro terzo continua la trattazione dei modi *universali* di acquistare (tit. 1. a 12); e si passa alla dottrina delle *obbligazioni* nascenti da *contratti* e *quasi contratti*:

Nunc transeamus ad *obligationes* (tit. 13 a 29).

Nel libro quarto continua la dottrina delle *obbligazioni* nascenti dai *delitti* e *quasi delitti*; e si passa alla dottrina delle *azioni* (*actiones*):

Cum sit expositum superiore libro de *obligationibus* ex *contractu* et quasi ex *contractu* , sequitur ut de obligationibus ex *maleficio* et quasi ex *maleficio* dispiciamus (tit. 1. a 5).

Superest ut de *actionibus* loquamur (tit. 6. a 16).

Termina il libro quarto coll' esposizione dell' *ufficio* dei *magistrati,* e dei *giudizii* (tit. 7. ed 8).

Le Istituzioni di Giustiniano non erano originali. Esse erano state composte ad imitazione di altri lavori antichi della stessa natura, e specialmente dei *Commentaria* di Gajo, come lo stesso Giustiniano aveva dichiarato:

> Quas (Institutiones) ex *omnibus* antiquorum *Institutionibus*, et *praecipue* ex Commentariis Gaii nostri, tam Institutionum quam rerum quotidianarum, aliisque multis Commentariis compositas. (Prooemium, § 6).

Le parole di Giustiniano vennero intese nel senso che le opere degli antichi giureconsulti erano servite di modello, non solo per le *cose* che deve contenere un lavoro destinato all' insegnamento, ma anche per la *distribuzione* ed *ordine* delle cose stesse (1).

Con lo scoprimento delle Istituzioni di Gajo questa supposizione rimase confermata, poichè si vide che queste erano state riprodotte quasi per intero in quelle di Giustiniano sotto l' uno e l'altro rapporto: salvo, quanto alle materie, le modifiche motivate dal Diritto posteriore all'epoca di Gajo, e circa l'ordine, una piccola variazione tra il terzo ed il quarto libro, poichè le *obbligazioni*, che nelle Istituzioni di Gajo stavano nella fine del terzo, in quelle di Giustiniano si trovano parte alla fine del terzo e parte nel quarto.

L' ordine dunque seguito da Giustiniano nelle Istituzioni era eminentemente *storico* (2). Ma era egualmente *razionale?*

Parve tale a molti fra gli stessi seguaci del *metodo*

(1) Ved. VINNIO (Comment. Institut. Imper. lib. 1. tit. 2. §. 12), OTTOMANO (Comment. in Institut. lib. 1. tit. 3. § 1), OTTONE (Comment. Institut. lib. 1. tit. 3. § 12), EINN. (Elementa Institut.).

(2) Il DI SAVIGNY sostiene il contrario (Sist. del Dir. rom. mod. § 59). Ma sembra che i suoi argomenti non abbiano una seria importanza.

sistematico, che avevano riprovato l'ordine seguito nel *Digesto* e nel *Codice*. Ma gli altri si divisero in due opinioni. Alcuni credettero che il sistema di Giustiniano si dovesse *completare*; altri che ad esso se ne dovesse sostituire un *nuovo*. Nel numero di questi ultimi si volle riporre il DONELLO, il CONNANO ed il VULTEJO (1). Ma sembra che non sia così. Il DONELLO non dichiarò espressamente di seguire l'ordine delle Istituzioni, ma nel fatto ne ritenne la partizione (2). Il CONNANO non solo si attenne al sistema di GAJO, ma ne invocò anche *l'autorità* (3). Dicasi lo stesso del VULTEJO. Vero è che questi distribuisce la materia in due grandi parti, che appella *Diritto assoluto* e *Diritto relativo*; ma questa distinzione concerne il Diritto considerato in sè stesso, e non nel suo contenuto. Quanto a questo, anch'egli lo divide in *persone*, *cose* ed *azioni*, riportando le *persone* e le *cose* al Diritto *assoluto*, e le *azioni* al Diritto *relativo* (4).

Se il frontespizio di un'opera bastasse a definirne l'indole ed il valore, il VIGELIO dovrebbe essere considerato pel primo riformatore del sistema di Giustiniano, come a taluno è sembrato (5). Egli ad un suo lavoro sul Diritto Romano, il quale senza dubbio è uno dei più pregevoli, specialmente per l'analisi, pose questo titolo: *Methodus universi juris civilis absolutissima*. Ma basta leggere la classificazione che fece della materia nell'Introduzione, per vedere come egli in realtà, ritenendo le parti principali del sistema delle Istituzioni, non fece che suddividere l'ultima parte in altre parti

(1) Ved. BLONDEAU (op. cit.)
(2) Ved. lib. 2. cap. 7, num. 2.
(3) Ved. lib. 2. cap. 1. num. 1.
(4) Ved. jurisprud. rom. lib. I. cap. 4 — Institut. jur. civ. lib. 2. cap. 1.
(5) Ved. BLONDEAU.

minori; ed anche in questo non si allontanò punto dalle fonti (1).

A noi dunque sembra, che la riforma del sistema di GIUSTINIANO cominciasse col LEIBNITZ. Imperocchè egli da una parte riprova codesto sistema, dall' altra ne propone uno del tutto nuovo. Sotto il primo rapporto dice: il terzo membro della partizione essere inutile, perchè il concetto di *actiones* si suppone tanto nelle *persone* quanto nelle *cose*: gli altri due membri, cioè le *persone* e le *cose*, appartenere alla classe dei *fatti* e non dei *diritti*, e come tali non potere divenire materia di una classificazione, senza entrare in tali e tanti minuti particolari, la maggior parte dei quali non appartengono al *Diritto*.

Sotto l'altro rapporto, cioè di un *nuovo metodo*, riduce tutto alla distinzione delle *azioni giuste* ed *ingiuste*, circa le quali discende a così minuti particolari, che sarebbe impossibile farne la somma (2).

Il sistema però del LEIBNITZ non trovò seguaci; ed in conseguenza le opere che si scrissero di poi seguirono i metodi precedenti, fino a quando il Diritto Romano imperò negli Stati di Europa nella sua forma *pura*. Ma quando cominciò ad essere modificato dal novello Diritto che si andava introducendo, e massimamente quando questo nuovo Diritto si venne *codificando*, allora il sistema Giustinianeo divenne novellamente oggetto di disputa. Ed a questo periodo appunto ricadono le due scuole *storica* e filosofica, di cui sopra abbiamo discorso.

Codeste scuole però da prima neppure si allontanarono di molto dal sistema delle Istituzioni, in guisa

(1) Ved. Part. totius jur. civ.

(2) Ved. Nova methodus discendae docendaeque jurispr. §§ 10, 14.

che si può senza errare ritenere, che esse non fecero che invertire le parti nelle quali la materia si trovava distribuita, togliendo o aggiungendo ad una di queste parti quello che si trovava collocato sotto di un'altra.

Così la scuola *storica*, considerando che primitivamente le *actiones* davano ai diritti il valore giuridico, premetteva alla trattazione di tutto il contenuto del Diritto la *Storia* del *processo giudiziario*, e specialmente del sistema delle *azioni* (1).

La *razionale*, al contrario, univa questa trattazione a quella delle persone, come mezzo di riparare i torti ai quali esse si possono trovare esposte. (2)

Quanto alla trasposizione delle materie, spesso le due scuole si trovano di accordo. Ma negli ultimi tempi si vide comparire *metodi* del tutto nuovi. Uno di questi è stato seguito generalmente in Germania, e ad imitazione di essa anche in altri paesi di Europa. In che consiste questo nuovo sistema? Quali motivi lo fecero introdurre? L'ordine è il seguente:

Si suole premettere alcune nozioni sulla natura del Diritto *obbiettivo* e sulle *forme* che assunse presso i Romani, unendovi alcune nozioni della Storia *esterna* del Diritto, prima e dopo di Giustiniano. Si fa succedere alcune nozioni generali sul Diritto *subbiettivo*, seguendo la partizione di Giustiniano; ed indi si passa alla trattazione degli *istituti giuridici*, che costituiscono il contenuto di questa specie di diritto, dividendolo in quattro parti: *a*) Dottrina del *possesso* e dei *diritti* reali; *b*) Dottrina delle *obbligazioni*; *c*) Dottrina dei *rapporti di famiglia* e della loro influenza sui beni; *d*) Dottrina delle *successioni* (3).

(1) Ved. le Istituzioni di PUCHTA e di MAYNZ.
(2) Ved. GANS. oper. cit.
(3) Ved. Makeldey, § 128. MÜHLENBRUCH, § 28. ARNDTS, § 22.

Quanto ai motivi di questa classificazione, ecco quel che dice uno scrittore di un *Corso di Dritto Romano*, che pel credito che gode è stato riprodotto quattordici volte in Germania, e tradotto in quasi tutte le lingue di Europa:

« L' ordine delle Istituzioni produce nell' esposizione del Diritto Romano alcune difficoltà ed inconvenienze. Sono queste in particolar modo cagionate dalla separazione del *diritto di famiglia applicato*, dal *puro;* dalla separazione delle *azioni* dai *rapporti giuridici* a cui si riferiscono, e finalmente dal posto del *diritto di successione* (1) ».

Un altro fu proposto da uno scrittore di fama molto autorevole, sia per la varietà delle opere che venne pubblicando, sia per la ricchezza e profondità della trattazione di tutte le parti del Diritto romano che giunse ad interpetrare, dividendolo in tre sole parti, cioè nel Diritto di *famiglia*, nel Diritto delle *cose*, e nel Diritto delle *obbligazioni* (2).

Il Di Savigny, al quale appartiene quest' ultimo sistema, non disprezza quelli che sono stati proposti dagli altri, perchè è di parere che in fatto di *sistemi*, bisogna lasciare una certa libertà alla mente, per non uccidere la vita della scienza; ma dice che se egli non ne dovesse proporre uno proprio, seguirebbe quello di Gajo, che gli sembra più razionale, quantunque non avesse il carattere rigorosamento *storico* che generalmente gli venne attribuito (3). Qual è questo sistema? Egli pren-

(Tratt. delle Pand. traduz. di Serafini, § 22) Maynz (Cours de Dr. rom.) Van Wetter (Cours élém. de Dr. rom.) Serafini (Elem. di Dir. rom.) de Crescenzo (Sist. delle Pand.) ec.

(1) Makeldey, § 237.

(2) Di Savigny, trattato del Diritto Romano, §. 53.

(3) Ved. il § 59.

de ad esaminare i *rapporti* nei quali l'uomo si trova quasi sempre interessato, e riducendoli a categorie, ne determina le regole particolari per le quali una categoria si distingue dalle altre, e le regole comuni per le quali si riuniscono insieme e concorrono a formare un tutto. La *volontà*, dice a questo proposito, può agire o sopra di noi stessi, o sopra ciò ch' è fuori di noi. Fuori di noi si trovano altri *esseri liberi* come noi, ed *esseri privi di libertà*; perciò assolutamente considerati, gli oggetti su i quali può agire la nostra volontà sono *tre*: la nostra *individualità*, o il nostro *io*; l'*individualità* degli altri *esseri* come *noi*; e la natura *non libera*: e quindi tre specie di *rapporti*. Tuttavia, poichè il dominio della volontà sopra di *noi* è puramente *morale*, ne siegue che sotto l' impero del Diritto possono cadere soltanto gli altri *individui* e la *natura non libera*. Ora con gli altri individui ci possiamo trovare in relazione in due modi: per *necessità* e per *volontà*. In prima: essendo la nostra natura individuale *difettosa* ed *imperfetta*, la veniamo completando mediante il *matrimonio*, che genera la *patria potestà* e la *parentela*; e queste *tre* cose costituiscono la *famiglia* (1). In secondo luogo: atteso il bisogno nel quale ci possiamo trovare di ricorrere all' altrui cooperazione per conservare o migliorare la nostra personalità, possiamo sottoporre liberamente al nostro potere gli altri individui per *atti determinati*, considerati come altrettante *cose*; e questo nuovo rapporto costituisce ciò che appellasi *obbligazione*.

Quanto poi alla *natura non libera*: non potendosi dominare se non dentro certi determinati confini, la parte che assume questa forma o per se stessa o pel rapporto sotto il quale viene riguardata dall' arbitrio dell' uomo,

(1) Ivi, § 53.

prende il nome di *cosa*. Così dunque l' *io* ingrandito è completato mediante la *famiglia;* le *cose*, e le *obbligazioni* riguardate anche come *cose*, costituiscono tutto il contenuto del *diritto subbiettivo*, e vennero, come si è veduto, designate coi nomi di *Diritto di famiglia*, *Diritto delle cose* e *Diritto delle obbligazioni;* salve le modificazioni e le trasformazioni alle quali ciascuna di queste forme del Diritto può trovarsi soggetta nel suo esplicamento (1).

L' autore non si limita a giustificare il suo sistema, ma adduce anche le ragioni per le quali non abbia seguito quello di Gaio; dal quale tuttavia non si allontana, se non pel modo d' intenderne il contenuto, come risulta dalle seguenti parole:

« Se ci facciamo ad esaminare il merito intrinseco della classificazione (di Gajo), troveremo nell' insieme essere conforme alla *realtà delle cose*, ma poco sodisfacente nei *particolari* delle sue applicazioni. Essa assegna a parecchie Istituzioni *capitali* un posto troppo secondario: così il matrimonio non figura che come l'origine della *patria potestà*, e tuttavia codesta istituzione ha un' importanza propria ed indipendente; così ancora il Diritto di *successione* è letteralmente rappresentato come mezzo di acquistare la proprietà, mentre può esservi Diritto di *successione* anche dove non vi è proprietà da trasmettere. Questi difetti nascono principalmente dall' abuso della forma logica delle divisioni, il quale abuso ha condotto l' autore più di una volta a forzate transizioni. Ma queste imperfezioni nella forma non hanno punto influito sulla sostanza dell'opera, ed ogni amico della scienza deve riconoscere la ricchezza dei suoi materiali e l'eminenza del suo merito » (2).

(1) Ivi § 53.
(2) Ivi § 59. Ved. pure Goudsmit, Cours des Pandectes, § 10.

§ 2.

Metodo seguito in questo lavoro.

Ora è facile di vedere, come, non ostante i reiterati tentativi per allontanarsi dal metodo delle *Istituzioni*, dopo oltre 1700 anni (1) si è costretti a riconoscerne il *merito* e la *importanza;* e se è vera la *dignità* del Vico, che le idee uniformi debbono avere un motivo comune di vero, » quando dall'epoca in cui s'intese il bisogno del *metodo sistematico*, gli scrittori non si seppero allontanare da quello di Giustiniano e di Gajo se non per *alcuni particolari*, si deve conchiudere che la classificazione delle Istituzioni, meglio che qualunque altra, risponda alle leggi del metodo che abbiamo antecedentemente stabilite.

Se difatti si prende in considerazione la distribuzione della materia per *libri*, senza dubbio si deve convenire essere stata fatta con molta negligenza, perchè si trovano collocate, o in un librò stesso cose di differente natura, o le medesime cose in libri differenti.

Ma se al contrario si pon mente all' ordine col quale le cose vennero disposte, vi si scorge quel rapporto di *affinità* e di *dipendenza* per lo quale l' una serve di lume e di transito all' altra, salvo che alcune non si trovano nel loro posto naturale: come, per esempio, accade delle *obbligazioni*, le quali dovrebbero precedere e non seguire i *modi di acquistare*. E questo nesso o rapporto dialettico s' incontra non solo nelle parti *principali* del metodo, ma anche nelle parti *accessorie*. Imperocchè niuno metterà in dubbio che la prima idea o verità

(1) Gajo pare che sia vissuto sotto l'imperatore Adriano (anno 117 dell' era volgare).

dalla quale dipendono tutte le altre, sia l' idea del *Diritto obbiettivo*, il quale deve servire di regola a tutti i diritti *subbiettivi*; il perchè venne a ragione chiamato da alcuni *Diritto regola*, e da altri *Diritto costituente*(1). Ma poichè il Diritto tanto nell'uno quanto nell' altro senso suppone un *essere* capace di comprendere queste regole e di attuarle, e codesto *essere* è l'*uomo* (2), ne siegue che la seconda idea o verità, la quale succede necessariamente alla prima, sia appunto quella dell' *uomo* o *persona*. L' uomo tuttavia per natura è un essere che ha bisogno di taluni *mezzi* per esistere e per conseguire la sua suprema destinazione, e questi *mezzi* si trovano parte in se stesso e parte nel mondo esteriore; ma tanto gli uni quanto gli altri vennero appellati col nome di *cose*. Così le cose (*res*) costituiscono la terza idea, la quale per la medesima necessità di ordine, siegue la prima e la seconda. Intanto, per procurarsi le *cose*, conviene che l'uomo agisca sopra di se stesso e sopra il mondo esteriore; il che suppone un' *attività* o un *potere*, il quale tende o a *conseguire* le cose, o a *conservarle*, o a *tutelarle* dall' altrui ingiuste pretensioni o violazioni. In conseguenza l' idea dell' *attività umana* colle sue *trasformazioni* prende l' ultimo posto nello schema generale della partizione di tutto quello che si riferisce al *Diritto*. Ora è appunto in questo modo che GAJO e GIUSTINIANO classificarono il contenuto delle loro Istituzioni.

Vero è che nella partizione di GAJO e di GIUSTINIANO manca qualche cosa che pur dovrebbe figurare in un modo manifesto come uno de'membri principali, e questi sono i *rapporti* in cui si trovano le persone, considerate come *individui*, le quali sono necessariamente nel

(1) Ved. GANS (op. cit.) e VINNIO, Comm. in Inst. lib. 1. tit. 1. n. 1.
(2) Ved. i *Primi*, lib. 1. cap. 3. §. 3.

bisogno l' una dell' ajuto dell' altra, e tutte del mondo esteriore. Ora questi *rapporti* sono la sorgente di una doppia specie di *diritti soggettivi*, i quali vennero chiamati *personali* o di *obbligazione*, e *reali*, secondo che derivano dalle relazioni di *persona* a *persona*, o di *persone* a *cose*. Perciò a completare lo schema, bisognava aggiungere, come un altro membro della partizione, codesti *diritti*, i quali debbono essere collocati immediatamente dopo le *persone* e le *cose*, perchè, come si è detto, si fondano sui rapporti in cui si trovano o per necessità o per elezione. Non è già che mancasse la trattazione: anzi è fatta con molta larghezza; ma non essendo stata compresa nella generale partizione, ha dato luogo a disputare se entrasse sotto le *res* o sotto le *actiones* (1). In conseguenza uno schema del Diritto e del suo contenuto conforme alle leggi del *metodo sistematico*, a nostro parere è il seguente:

I) Dottrina del Diritto in generale, vale a dire in senso tanto *oggettivo* quanto *soggettivo*, considerato idealmente e nella sua esterna manifestazione.

II) Dottrina delle *persone* indipendentemente dalle *cose*.

III) Dottrina delle *cose* indipendentemente dalle *persone*.

IV) Dottrina dei diritti *personali*.

V) Dottrina dei diritti *reali*.

VI) Dottrina dei modi di *acquistare*, di *conservare* e di *tutelare* i diritti, tanto *personali*, quanto *reali*.

Ed è appunto questo il metodo che noi saremo per seguire. Or della prima Dottrina ci troviamo di aver trattato in un lavoro particolare, al quale abbiamo dato il nome di *Primi del Diritto Romano*, perchè contiene l'esposi-

(1) Ved. di SAVIGNY, § 59. MÜHLENBRUCH, §. 28.

zione delle regole all' impero delle quale vanno soggette tutte le altre parti. In questo lavoro perciò ci occuperemo a discorrere solo delle altre.

Prima tuttavia di iniziarlo facciamo notare, come le *persone* e le *cose*, considerate come parte del contenuto del Diritto, non vengono prese in considerazione se non per le sole *qualità* onde si rendono capaci di relazioni giuridiche. Appartiene ad altre discipline il trattare della loro sostanza e delle loro qualità *naturali*. Che se qualche volta si tien conto anche di queste, non si viene perciò ad oltrepassare i confini di una trattazione giuridica, perchè le qualità *naturali* non vengono considerate che come parti essenziali delle *qualità giuridiche*. Per questo motivo avviene talvolta che pei fini del Diritto, alle maniere puramente *naturali* di considerare le *persone* e le *cose* si sostituiscono modi puramente *artifiziali* ; del quale magistero o trasformazione delle persone e delle cose abbondava specialmente il Diritto Romano antico , e formava la materia delle finzioni di Diritto (*fictiones juris*); laonde GIUSTINIANO lo chiamò *fabula juris* (1), ed il nostro VICO, *poema eroicum* (2).

(1) Const. de confer. Inst. § 3.

(2) De uno univ. jur. pr. § 77. 146-147—ULR. UBERUS (Observ. cap. 1.)

LIBRO PRIMO

Dei soggetti dei diritti (1).

Generalità

Qualunque specie di *Diritto* suppone un *essere* il quale sia con esso in relazione, o come *oggetto* o come *soggetto*, secondo che il Diritto è preso nel significato di *regola* o di *potere*. In questo senso Ermogeniano disse, che il Diritto esiste per l'uomo:

. . . hominum causa omne jusconstitutum est (L. 2. D. lib. 1. tit. 5. de stat. hom.).

In generale quest'essere deve trovarsi in natura, cioè deve essere una *realtà*; ma talvolta è una *pura astrazione* della mente o una *finzione*. Or l'*essere* che esiste in natura è sempre identico a se stesso:

Nihil est unum uni tam simile, tam par, quam omnes inter nosmetipsos sumus (2).

Perciò ha sempre lo stesso nome. Egli è chiamato nelle fonti *uomo* (*homo*) o *persona* (*persona*) (3). Codeste due voci hanno il medesimo significato, ma non la medesima origine: *homo* deriva *ab humando*, *persona a personando*. Laonde il Vico, ad imitazione di Varrone, diceva che *homo est vocabulum naturae*, e *persona vocabulum juris* (4).

(1) Diciamo dei *diritti*, e non del *Diritto*, come comunemente si dice, in relazione al *Diritto* in senso *soggettivo*, e non del *Diritto* in senso *oggettivo*.

(2) Cic. de Repub. lib. 1. num. 32. Ved. Varrone, de ling. lat. pag. 127. ed i Primi, lib. 1. cap. 3. § 3.

(3) Ved. i testi seg.

(4) De Const. philolog. pag. 347-348. Ved. pure Varrone de ling. lat. Illigeri, note a Donello, lib. 2, cap. 9. Ottomanno, Com. in Inst. jur. civ. lib. 1. tit. 3. § 1. Isidoro, lo fa derivare da *humus* (creta), di cui il primo uomo fu formato, secondo la Genesi (Orig. lib. XI. cap. 1). Ma come si vede, questo concetto non può essere romano.

L' *essere* che si finge, al contrario, può essere di varie maniere, secondo lo scopo a cui è destinato, e però prende diversi nomi; *universitas, civitas, societas, curia, collegium* ecc, come vedremo in appresso.

L'*essere finto* adunque è un surrogato del *vero*. Ed è in questo senso che si dice di stare in luogo dell'*uomo* (*personae vice fungitur* o *hominis vicem sustinet*).

« Magistratus municipales, cum unum magistratum administrent, etiam *unius hominis vicem* sustinent (L. 25. D. lib. 50, tit. de mun. et de inc.).

« Hereditas *personae vice* fungitur (L. 22. D. lib. 46, tit. 1. de fidej.).

Nella scuola perciò questi due *esseri* sono stati chiamati egualmente *persone*, e per distinguerle, si è dato il nome di *fisica* o *naturale* alla prima, e di *giuridica, astratta, concettuale, morale, fittizia, mista* alla seconda (1).

Nell'esistenza delle *persone fisiche*, potrebbe sembrare che in *Diritto* le *giuridiche* fossero un pleonasmo (2). Nondimeno esse, o suppliscono le *fisiche*, o ne allargano l'attività nello spazio e nel tempo, e però sono una condizione necessaria per lo svolgimento della *personalità fisica*, come vedremo a suo luogo.

Questa distinzione delle persone in *fisiche* e *giuridiche* perciò trovasi ammessa da tutta la scuola antica e nuova (3). Ai nostri giorni tuttavia taluni giureconsulti hanno ripudiata la distinzione, sostenendo che tutte le persone sono *fisiche*; e che ciò che si appella *persona giuridica*, non è altro che un mezzo giuridico di conseguire uno scopo, o come si dice, un *concetto di capacità di scopo* (4), Ma di ciò discorreremo altrove.

(1) MÜHLENBRUCH, Doctr, Pand. § 176. Di SAVIGNY, Sist. § 85—MAKELDEY, Corso di Dir. rom. § 129. ARNDTS, Pad. § 24. PUCHTA, § 190.

(2) V. PUCHTA, § 190.

(3) VARRONE, de ling. lat. pag. 101.

(4) Ved. MAKELDEY, n. al § 129. ARNDTS, Pandette, § 41 e note allo stesso.

CAPITOLO I.

DELL' *homo* O DELLA *persona*.

De jure person. (*Inst. lib. 1.*) *De Statu hom.* (*D. lib. I. tit. 5.*)

§ 1.

CONCETTO *dell'* UOMO.

Tanto nell'antico, quanto nel nuovo Diritto, pei Romani *uomo* era l'*essere* composto di *corpo* e di *anima* (*corpore et anima*).

Homo est ex *anima* et *corpore* (1).

Quantunque queste due parti fossero egualmente necessarie per annoverare un *essere* fra gli *uomini*; non di meno, rispetto agli atti *giuridici*, l'*animus* aveva maggior valore del *corpus* : imperocchè gli *atti* fondati sulla sola attività del *corpo* non avevano alcuna importanza giuridica senza l' *animus* ; al contrario in taluni casi le sole determinazioni dell'*animus* bastavano a creare o a sciogliere dei rapporti giuridici. A mò d'esempio: in fatto di *possesso*, ora si richiedeva il concorso del *corpus* e dell'*animus*, ora era sufficiente il solo *animus*; ma il solo *corpo* non mai. Così per acquistarlo, occorreva il *corpus* e l'*animus*; per perderlo bastava il solo *animus*.

. . . . Apiscimur possessionem *corpore* et *animo* : neque per se animo, aut per se corpore . . . .

(1) VARRONE, de ling. lat. pag. 101. 106. Ved. VICO de uno un. jur. pr. § 10; de Costant. philol. prin. EINN. Inst. lib. 1. § 75—Pand. lib. 1. § 122. Wesembecio, Com. in Pand. lib. 1. tit. v. § 3. Altre definizioni s'incontrano presso altri autori, ma non contengono il concetto romano.

. . . . Amitti et solo *animo* potest, quamvis adquiri non potest (L. 3 §§ 1 e 3 D. lib. 41. tit. 2 de adq. vel amitt. poss.)

Ma il solo *corpo* non lo faceva nè acquistare nè perdere. Perciò il furioso ed il pupillo non l' acquistavano, quantunque detènessero la cosa; e quegli che lo aveva, nol conservava, se detenendo la cosa, ne deponeva l' *animo*:

Furiosus et pupillus non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime *corpore* suo rem contingant: sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat (L. 1. § 3 D. lib. 41. tit. 2. de adq. vel amitt. poss.)

. . . Si in fundo sis, et tamen *nolis* eum possidere, protinus amittes possessionem (L. 3 § 6 ivi).

L' *animus* si attribuiva solamente all' *homo* : il *corpus* al contrario era comune a tutti gli altri *esseri*. Nondimeno anche il corpo dell' *uomo* si distingueva da quello degli altri *esseri*. Al *corpus* umano si assegnava una forma speciale (*forma humana*), la quale corrispondeva ad un tipo generalmente ammesso. Ora tutto ciò che *nasceva* o *accadeva* contro la *natura* delle cose (*rei natura*), si appellava *ostentum*. Perciò gli esseri organici che non corrispondevano ai loro tipi, e le strane *apparizioni*, erano chiamati *ostenta*. La prima classe degli *ostenta* poteva accadere, o quando le membra principali di un *essere* avessero una forma che corrispondeva al tipo di altre specie, o quando fossero sproporzionate sia per estensione sia per numero. La seconda, quando per istraordinarii avvenimenti si vedesse o si credesse di vedere qualche cosa che non si riscontrasse nel mondo delle cose (1).

Ostentum Labeo definit, omne contra *naturam* cu-

(1) Ved. Cujacio, Com. alla seg. legge. (vol. 8, pag. 502 e 911).

jusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt *ostentorum*: unum quotiens quid contra *naturam* nascitur: tribus manibus forte, aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae *naturae contraria est*: alterum cum quid *prodigiosum* videtur, quae greci *φαντασματα*, id est *visiones* vocant (L. 38 D. lib. 50 tit. 16 de verb. sig.).

I primi più specialmente si chiamavano *mostri (monstra* o *prodigia*).

> *Monstra* dicuntur *naturae* modo egredientia, ut serpens cum pedibus, avis cum quatuor alis, homo cum duobus capitibus (1).

Ora applicando questa dottrina agli uomini, avvenne che essi furono annoverati fra gli *ostenta* della prima specie, cioè fra i *monstra* o *prodigia*. Questi, quando corrispondevano ad un altro tipo, non erano mai ritenuti per *uomini*; laonde, una volta, potevano essere uccisi, per una legge di Romolo (2), la quale passò nelle XII Tavole (3) ed era ancora in uso ai tempi di SENECA (4).

Perciò i parti *mostruosi* non erano annoverati fra i *figli* della donna dalla quale nascevano:

> « Non sunt *liberi* qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier *monstruosum* aliquid aut *prodigiosum* enixa sit (L. 14. D. lib. 1 tit. 5 de st. hom.— Paul. sent. lib. 4 tit. 9. § 3 — Ved. pure la L. 3. Cod. lib. 6 tit. 29 de posth. hered.) (5).

Quanto poi a coloro le cui membra oltrepassassero i

(1) FESTO, voc. *monstra*. Ved. L 3. Cod. lib. 6. tit. 29. ed il testo seg.

(2) Ved. DIONIGI, lib. 2.

(3) Ved. CICERONE, de legibus, lib. 3 cap. 8, e gli annotatori di esso, Ved. la Tavola IV. delle XII. Tav. in fine dei *Primi*.

(4) De ira, lib. 1. cap. 13. Ved. BRISSONIO, voce *prodigium*.

(5) Ved. DI SAVIGNY, § 61.

termini ordinarii, essi erano o no annoverati tra gli uomini secondo le circostanze; epperò tali esseri erano o no compresi nel numero dei figli a giudizio del magistrato.

« Partus autem qui membrorum humanorum officia ampliant, aliquatenus videtur effectus, et ideo inter *liberos* connumerabitur (Det. L. 14 D. lib. 1. tit. 5 de st. hom.).

Cogli *ostenta* in questo senso non bisogna confondere quegli *esseri*, i quali, avendo le membra ordinarie per numero e qualità conformi al tipo umano, fossero tuttavia dotati di un numero minore o maggiore di parti appartenenti alle membra stesse, come quando le dita della mano e dei piedi fossero meno o più dell' ordinario. Essi facevan parte di una categoria delle persone di cui discorreremo in appresso (1).

Secondo questi testi parrebbe che in qualunque modo il parto apparisse *mostruoso*, non fosse considerato come *homo*. Nondimeno alcuni pretendono che bastasse che il solo *capo* non rispondesse al tipo umano, assumendo che nel *capo* i giureconsulti facessero consistere il tipo dell'uomo, come quello che più si avvicina all'*immagine divina*, e pel quale gli uomini si sogliono distinguere fra loro (2). Si citano in pruova un frammento di Paolo ed una costituzione di Costantino. Seppellite in diversi luoghi le parti di un medesimo cadavere, surse il dubbio quale dei luoghi fosse da reputare *religioso*. Paolo decise esser quello dove si trovasse il *capo*, essendo questa la parte del corpo umano per mezzo della quale gli uomini si distinguono:

« Cum in diversis locis sepultum est, uterque qui-

(1) Ved. intanto la L. 10 § 1 e 2 D. lib. 21 tit. 1, e Fabro, commento alla detta L.

(2) Ved. un luogo di Cicerone ne' *Primi*, lib. 1. cap. 3. pag. 47.

dem locus religiosus non fit: quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur, illum *religiosum* esse, ubi *quod est principale* conditum est, id est, *caput, cujus imago sit, inde cognoscimur* (L. 44. D. lib. 11. tit. 7. De relig.)

E Costantino abolì il marchio sulla faccia, perchè diceva esser fatta a similitudine di quella di Dio:

Si quis in metallum fuerit pro criminum deprehensorum qualitate damnatus, minime in ejus *facie* scribatur: cum et in manibus et in suris possit poena damnationis una inscriptione comprehendi: quo *facies* quae ad *similitudinem pulchritudinis est coelestis figurata*, minime maculetur (L. 7. Cod. lib. 9 tit. 47. de poenis) (1).

Gli esseri consistenti solo nel *corpus*, erano considerati come *cose* (*res*), sia che fossero o no capaci di moto spontaneo ed organico.

Dall'unione del *corpus* e dell'*animus* derivavano le tre grandi *qualità* proprie dell'uomo, l'*intelligenza*, la *volontà* e l'*attività* (*nosse-velle-posse*), le quali si suppongono negli atti giuridici, ora unite ed ora separate. Così quel che si fa alla presenza di un individuo e nel suo interesse, diventa obbligatorio quando si abbia la certezza di avere *inteso* quel che si fa, sebbene non dica *di volerlo*:

Coram Titio aliquid facere jussus, non videtur praesente eo fecisse, nisi *intelligat* . . . . *scire* autem non etiam *velle* is debet (L. 209. D. lib. 50. tit. 16. De reg. jur.)

Ed un termine, dentro il quale si deve fare qualche cosa, non decorre, se non quando vi sia la possibilità di *agire:*

Ita *utile* tempus est, ut singuli dies *utiles* sint, scilicet ut per singulos dies et *scierit* et *potuerit* admittere (L. 2. pr. D. lib. 38 tit. 15 quis ordo in poss.).

(1) Ved. di Savigny, § 61.

Ora cedeste tre *qualità* costituivano secondo i giureconsulti la libertà (*libertas*), la quale è la formola in cui si racchiude la sintesi di tutto l'*essere umano*, come vedemmo altrove (1). In conseguenza l'uomo è essenzialmente *libero*.

Jure naturali omnes *liberi nascuntur* (L. 4, D. lib. 1. tit. 1. De just. et jur).

E perchè esse si trovano in tutti gli *uomini*, perciò tutti gli uomini sono essenzialmente *uguali*.

« Quoad jus naturale attinet, *omnes homines aequales* sunt (L. 32, D. lib. 50, tit. 17. De reg. jur.) (2).

Nell' *uomo* adunque bisogna distinguere una doppia esistenza: una di *fatto* e l' altra di *Diritto*. Sotto il primo rapporto viene considerato in antitesi di tutti gli *altri esseri* della natura come *corpo*; sotto l' altro come parte dell' ordine giuridico al quale appartiene come *spirito* (3).

§ 2.

Dell'esistenza di FATTO.

L'*uomo* esiste di *fatto* quando sia *nato*, ed abbia, nascendo, dato segno di *vita*.

a) Si credeva che l' alvo materno per una misteriosa elaborazione formasse l'*uomo*.

(Uterus) .... per *naturam* humanae conditionis partum formare potest (L. 30 § 6. D. lib. 29. tit. 2, de adq. vel amitt. her.).

Fra i *filosofi* fu antica quistione perciò, se il *feto* nell'al-

(1) Ved. i *Primi*, lib. 1. cap. 4.
(2) Ved. il testo ci Cic. a pag. 40.
(3) Ved. VULTEJUS, lib. 1. cap. 4. e PUCHTA, § 210.

'o materno fosse da reputarsi per compiuto, e però per *uomo*. Gli Stoici sostennero di no.

Stoici *partem ventris*, non *animal* (1).

Codesto sistema fu seguito dai *giureconsulti*, secondo i quali l'*essere umano*, fino a quando sia unito al seno dello madre, forma *parte* della stessa.

Partus antequam edatur, *mulieris portio* est, sive *viscerum* (L. 1. § 8. D. lib. 25, tit. 4, de insp. vent.).

Perciò, non avendo un'*individualità* propria e distinta da quella della madre, non si reputa ancora *homo*, finchè non sia *nato*:

Partus nondum editus *homo* non recte fuisse dicitur (L. 9. § 1. D. lib. 35. tit. 2. ad leg. falc.)

Laonde egli è in *natura* (*in rerum natura*), ma non tra le *cose umane* (*in rebus humanis*):

Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur *in rerum natura esse*. (L. 36. D. lib. 1. tit. 3. De stat. hom. Ved. pure L. 7. D. lib. 38. tit. 16, de suis et leg. her.).

Ubicumque ab intestato admittitur quis, illic et *venter* admittitur: scilicet si talis fuerit is qui in utero est, ut si *in rebus humanis esset*, bonorum possessionem petere posset: ut in omnibus partibus Edicti pro *superstite* habetur *is qui in utero est* (L. 7, D. lib. 37. tit. 9. De vent. in posses. mitt.)

In somma, costituisce una *spes animantis*:

Negat lex regia, mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, *spem animantis* cum gravida peremisse videtur (L. 2. D. lib. 11. tit. 8. de mort. infer.)

A questo principio fin dai primi tempi di Roma si trova fatta una prima eccezione, *fingendo* di esser *nato* colui che

(1) Plutarco, De Placit. V. 15. Ved. la Diss. di L. Mariani sulla filos. del Diritto nel pensiero de'giur. rom.

fosse soltanto *conceputo* (*pro nato-pro superstite*), ed accordandogli perciò i diritti stessi che competono ai *nati*:

Qui in *utero* sunt, in *toto* pene *jure civili* intelliguntur in *rerum natura* esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnans mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit, postliminium habet: item patris vel matris conditionem sequitur. Praeterea si ancilla praegnans surrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit, tamquam furtivum, *usu* non capitur. His consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo jure sit, quo sunt qui patronos habent (L. 26. D. lib. 1. tit. 5. De stat. hom.)

Il *conceptus* perciò fu chiamato *homo fictus* (1).

Codesta eccezione però aveva luogo quando si trattava del vantaggio degli stessi *conceputi*, e non dei *terzi*:

Qui in utero est, perinde ac si in *rebus humanis* esset, custoditur, quotiens de *commodis ipsius partus* quaeritur: quamquam *alii*, antequam nascatur, *nequaquam prosit* (L. 7. ivi).

Quod dicimus, *eum, qui nasci speratur, pro superstite esse*, tunc verum est, cum de *ipsius jure* quaeritur: aliis autem non prodest, nisi *natus* (L. 231. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.)

Non si eccettuava da questa limitazione neppur la *madre*, tranne se non si trattasse di quei casi ne'quali si ammetteva l'*esenzione* da una *pena* in grazia de'figliuoli; nei quali casi, il *concepimento* equivaleva alla *nascita* (2). Ma quando si trattava di *godere* alcun vantaggio per virtù di qualche *jus singulare* o *privilegio*, bisognava necessariamente la *nascita*. Così secondo un Senatoconsulto (Tertulliano) le madri, per succedere, dovevano aver *parto*-

(1) VOLTEJUS, lib. 1. cap. 4.
(2) Ved. di SAVIGNY, § 61.

rito tre o quattro figli, secondo che fossero *ingenue* o *libertine*:

Matres, tam ingenuae quam libertinae, cives romanae, ut jus liberorum consecutae videantur, ter et quater *peperisse* sufficiet, dummodo *vivos* et *pleni temporis pariant* (Paul. sent. lib. 4 tit. 9 § 1) (1).

L' eccezione nel rapporto del figlio si trova applicata a parecchi casi, oltre a quelli enunciati nel testo da noi riportato (2).

Essa però cessava anche nel rapporto del figlio qualora fosse nato *morto*; poichè coloro che nascevano *morti* si reputavano non solo di non esser *nati*, ma di non essere stati neanche *procreati*.

Qui *mortui* nascuntur, neque *nati*, neque *procreati* videntur, quia nunquam *liberi* appellari potuerunt (L. 129, D. lib. 50. tit. 16, de verb. sign.) (3).

Ma queste regole erano applicabili egualmente ai parti *legittimi* ed ai *naturali?* Senza dubbio tutto ciò che concerneva la protezione de'*concepti*, abbracciava gli uni e gli altri (4). Ma quanto ai diritti intorno allo *stato* ed ai *beni*, GAJO ed ULPIANO dicono che la finzione intorno al *conceptus* o *nasciturus* fosse applicabile ai soli figli legittimi:

Hi qui *illegitime* concipiuntur, *statum sumunt* ex eo tempore quo *nascuntur*: .... At hi qui *legitime* concipiuntur, ex *conceptionis* tempore *statum sumunt* (Com. 1. § 89—ULPIANO, Reg. tit. 5. § 10).

(1) Questo Senatoconsulto fu abolito da Giustiniano, come risulta dalle Istituzioni (lib. 3 tit. 3 § 4.) — Ved. di Savigny, Tratt. del Dir. Rom. § 51.

(2) Ved. Inst. lib. 1. tit. 4.

(3) Ved. pure la L. 3. del Cod. lib. 6. tit. 29 che riporteremo alla pagina 53.

(4) Ved. le LL. 4. D. lib. 47. tit. 11. (de extr. crim.) 39. D. lib. 48. tit. 19. (de poenis) 8. D. lib. 48. tit. 8. (de sicar.) 18. D. lib. 1. tit. 5. (de statu hom.)

PAOLO e MARCIANO ne estesero l' applicazione anche agl' illegittimi nelle quistioni di libertà:

Si serva *conceperit*, et postea manumissa pepererit, liberum parit. Si libera *conceperit*, et ancilla facta pepererit, liberum parit. *Id enim favor libertatis exposcit.* Si *ancilla conceperit*, et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla, pepererit, *liberum parit. Media* enim tempora *libertati prodesse*, non *nocere* etiam possunt (PAOLO, Sent. lib. 11. tit. 24. § 1, e 4) — L. 5. § 2 e 3. D. lib. 1. tit. 5. (de st. hom.) Inst. lib. 1. tit. 4. pr.

Il loro avviso fu seguito da GIUSTINIANO, nelle Istituzioni (lib. 1. tit. 4. pr.)

Ora non ostante l' evidente restrizione che PAOLO, MARCIANO e GIUSTINIANO fanno della *finzione* rispetto agl'illegittimi, ai casi di libertà, gl' interpetri sì antichi che nuovi l' estesero a tutti gli altri casi, uguagliando gl' illegittimi ai legittimi (1).

Un' altra eccezione al principio che bisogna esser *nato* per essere *homo*, fu introdotta con l' istituzione dei *fedecommessi*. Codesti istituti giuridici permettevano d'istituire eredi di più gradi. La *nascita* o il *concepimento* erano necessarii soltanto rispetto al *primo chiamato*: quanto agli altri, in qualunque tempo fossero *conceputi* o *nati*, acquistavano diritto alla successione alla *morte* dei primi. Così dunque si *fingeva* di *esistere* all'epoca dell'atto con cui si faceva la sostituzione, non solo chi non era *nato*, ma chi non era neppur *conceputo*, come saremo per vedere a suo luogo (2).

La *nascita* in generale suole accadere per virtù di quella stessa natura che genera e feconda il feto. Tut-

(1) CUJACIO Tomo 6. p. 429. 4. DONELLO, lib. 2. 75. 7. OTTOMANNO Inst. lib. 1. tit. 4. VOET, lib. 1. tit. 5. n. 5. DI SAVIGNY, § 62.

(2) Ved. L. 144 § 14—18, D. lib. 30 (de leg. 1.) L. 32 § 6—67 pr. § 1 e 7) 69 § 13. 4 D. lib. 31. (de leg. 11) e Nov. 159. § 2.

tavia si è talvolta costretti a ricorrere all' opera umana per separarlo dai visceri della madre. In questo caso l'estrazione del feto equivale alla nascita:

Quod dicitur filium *natum* rumpere testamentum, *natum* accipe et si *exsecto ventre* editus sit: nam et hic rumpit testamentum (L. 12 D. lib. 28. tit. 2 de lib. et posth.).

Codesto sistema non dava luogo a controversia nel rapporto del *figlio*. Ma quanto alla *madre*, faceva mestieri anche qui di distinguere il caso in cui avesse bisogno della *nascita* del figlio per *godere* di qualche *vantaggio*, e quello in cui ne avesse bisogno per *esimersi* da qualche *pena*. Nella prima ipotesi la nascita doveva essere *spontanea*, secondo il giureconsulto PAOLO:

Falsum est eam *peperisse*, cui mortuae, filius *exsectus est* (L. 132 D. lib. 50 tit. 16, de verb. sign.).

Nella seconda ipotesi bastava anche la nascita *procurata*, secondo ULPIANO:

« Etiam ea mulier, cum *moreretur*, creditur *filium habere*, quae *exciso utero* edere possit (L. 141 ivi) (1).

Si è detto che colui che *nasceva morto* non si aveva per *homo*. Ora si reputava tale chi avesse perduta la *vita* stando ancora nel seno della madre. Qualora la perdita fosse avvenuta *nascendo*, sia per incuria di coloro che assistevano al parto, sia per qualunque altra cagione, non cessava di essere considerato per *vivo*:

... Si *vivus perfectus natus est*, licet illico postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si *vivus* ad orbem totus processit, ad *nullum declinans monstrum* vel *prodigium* (L. 3. Cod. lib. 6. tit. 29 de posth. hered.) (2).

(1) Ved. Di SAVIGNY, luogo citato.

(2) Ved. pag. 43 e seg.

Segno della vita una volta si reputava il solo vagito (*vox*) secondo i *Proculiani*; ma potendo il feto nascere *muto* (*mutus*) o senza *vagire (voce non emissa)*, si preferì l'avviso dei *Sabiniani*, secondo i quali bastava qualunque altro segno della vita (1):

... Si posthumus . . . . *voce non emissa* ab hac luce subtractus est, dubitabatur si is posthumus ruptum facere testamentum posset. Et veterum animi turbati sunt . . . . Cumque *Sabiniani* existimabant si *vivus* natus esset, etsi *vocem* non *emisit*, rumpi testamentum: apparetque, quod et si *mutus* fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum nos laudamus sententiam. (L. 3. Cod. lib. 6. tit. 29. De posth. hered.) (2).

§ 3.

Continuazione — Vita e vitalità.

La vita suppone certe *condizioni*, senza le quali, anche quando siasi acquistata, non si può ritenerla. Una di queste condizioni è il *tempo* necessario per la formazione (3). Secondo l'esperienza, Ippocrate lo stabilì a *sette* mesi pei parti *precoci*, e le LL. delle XII. Tab. a *dieci* pei *ritardati*.

Post *decem* menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem qui *centesimo octogesimo secundo die* natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, *justo tempore* videri *natum*. Nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa (L. 3. § 11 e 12 D. lib. 38 tit. 16 de suis et leg.).

(1) V. Puchta, § 210. Di Savigny, ivi.
(2) Ved. il testo precedente che forma compimento di questo.
(3) Ved. il test. a pag. 47.

Il parto nato dopo sette mesi dal concepimento fu appellato perfetto (*perfectus partus*).

Septimo mense nasci *perfectum partum*, jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri HIPPOCRATIS (L. 12 D. lib. 1. tit. 5 de st. hom.).

L' altra *condizione* è l' integrità degli organi vitali. Sotto questo rapporto il parto fu anche chiamato *integrum animal* (1).

Ora quando queste due condizioni si trovavano insieme, il parto fu chiamato da PLINIO *vitale* (vitalis).

« Ante *septem mensem* haud unquam *vitalis* est. *Septimo* non nisi pridie posteriore plenilunii die aut interlunio concepti nascuntur. Tralatitium in *Aegipto* est et *octavo* gigni. Iam quidem et in *Italia* tales partus esse *vitales*, contra priscorum opinionem (2).

In mancanza di una di esse condizioni al contrario il feto si diceva *vivo* (vivus) (3).

Ora è stata sempre quistione tra gli antichi ed i moderni interpetri, se per l' *esistenza* di *fatto* dell' *homo* fosse necessaria la *vitalità* o bastasse la sola *vita*.

Pare che il primo sistema fosse più generalmente ricevuto fra gli antichi (4); ma il secondo è più ricevuto fra i moderni (5), ed è conforme alle fonti del Digesto. Così, nata quistione se un parto nato *vivus*, ma non *integer*, rompesse il testamento, si rispose di sì; il che non si poteva ammettere senza supporlo *homo*.

Quid.... si non *integrum* animal *editum* sit, cum *spiritu* tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit. (L. 12. § 1. D. lib. 28. tit. 2, de lib. et posth.)

(1) Ved. il testo in fine di questa pagina.

(2) Hist. nat. lib. 7. cap. 4.

(3) Ved. i testi prec.

(4) Ved. fra gli antichi EINN. Pand. lib. 1. tit. V. § 127.

(5) Ved. MAKELDEY, § 131. n. 3. MÜCHLENBRUCH, § 177. n. 1. DI SAVIGNY, § 61. e specialmente l'appendice al detto §—GOUDSMIT, Cours des Pand. § 21. n. 3. SERAFINI, § 52. Ved. in contr. PUCHTA, § 210.

§ 4.

Differenze per le quali si distinguono le persone quanto all' ESISTENZA DI FATTO

Generalità.

Abbiamo veduto che l'uomo è sempre *identico* a se stesso; ma questa identità riguarda la *sostanza*. Quanto alle *qualità*, s' incontrano negl' individui delle *differenze*, per le quali l'uno si distingue dall'altro. In questo senso diceva Cicerone che in una società ben costituita, i *diritti* debbono essere *eguali* per tutti, perchè hanno per oggetto di assicurare a ciascuno i medesimi vantaggi; ma non si deve questa *uguaglianza* estendere sino a non tener conto delle *differenze* che nascono dagli *averi*, e dalle *qualità* naturali:

> Si *pecunias* aequari non placet: si *ingenia* omnium paria esse non possunt: *jura* certe paria debent esse eorum inter se qui sunt *cives in eadem republica*. Quid est enim civitas nisi juris societas? (1).

Or siccome gli uomini sono composti di *animo* e di *corpo*, e tanto l'uno quanto l'altro elemento non si trovano nella medesima condizione in tutti gl' individui, nè nello stesso individuo in tutti i tempi, perciò le persone si distinguono ora per certe *qualità* che si riferiscono al solo *corpo*, ora per certe qualità che si riferiscono al solo *animo*, ed ora per certe qualità che si riferiscono all'uno ed all' altro.

1) Quanto al *corpo*. Le persone si distinguono pel *sesso* e per la *salute*.

a) I Romani in astratto distinguevano tre sessi: il *maschile*, il *feminile* ed il *comune*. Di qui la triplice di-

(1) De repub. lib. 1. cap. 32.

stinzione delle persone in *maschi*, *femine* ed *ermafroditi*. Ma in concreto non ammettevano che i soli *maschi* e le *femine*. Gli *ermafroditi* andavano annoverati tra gli uni o gli altri secondo la prevalenza del *sesso*:

Quaeritur, ermaphroditum cui comparamus? Et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo prevalet (L. 10. D. lib. 1. tit. 5. de st. hom. L. 6, § 2. D. lib. 28 tit. 2, de lib. et posth.).

b) Rispetto alla *sanità*, gli uomini erano divisi in sani (*sani-robusti*) ed ammalati (*morbosi*) (1). Questi poi erano suddivisi in *morbosi* propriamente detti e *vitiosi*. I primi erano coloro i quali si trovavano affetti da malattia *temporanea*, o *acuta* secondo il linguaggio moderno; i secondi, da malattia *perpetua* o *cronica*.

Verum est *morbum* esse *temporalem* corporis *imbecillitatem*, *vitium* vero *perpetuum* corporis *impedimentum* (L. 101 § 2. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.).

Ma la parola *morbus* alle volte abbracciava anche il *vitium*.

Pomponius recte ait, non tantum ad *perpetuos morbos*, verum ad *temporarios* quoque hoc edictum pertinere (L. 6. lib. 21. tit. 1 de aedit. edic.).

Il morbo in senso stretto venne definito per quello stato del corpo che ne altera l'uso in modo contrario alle funzioni alle quali è destinato dalla natura.

Sciendum est *morbum* apud Sabinum sic definitum esse: habitum cujusque corporis contra naturam, qui usum ejus ad id facit deteriorem, cujus causa natura nobis ejus corporis sanitatem dedit (L. 1. § 7. ivi).

Esso poteva affettare tutto il corpo o una parte soltanto:

(1) V. Aulo Gellio, lib. 4, cap. 2.

Id alias in *toto corpore*, alias in *parte* accidere; namque *totius* corporis morbus est, puta φθισις, id est tabes, febris: *partis*, veluti *caecitas* (ivi).

Si divideva in *semplice* e *sontico* (sonticus). Prendeva questo nome quando era così continuo, che non permetteva di attendere agli affari:

Sonticus existimandus est (*morbus*) qui cujusque rei agendae impedimento est (L.60. lib. 42.tit.1, de re jud.).

Di qui deriva che spesso era assimilato al *vitium* (1). Ciò nondimeno tra il *vitium* ed il *morbus* si riconosceva una gran differenza:

Vitiumque a *morbo* multum differre: utputa si quis *balbus* sit: nam hunc *vitiosum* magis esse, quam *morbosum* (L. 1. § 7. D. lib. 21. tit. 1, de aed. edicto).

Erano poste nella classe dei *morbi* la *febbre*, la *podagra*, (2) la *sordità*, la *mutolezza*, quando però queste due ultime malattie erano separate: qualore erano unite andavano annoverate *tra i vizii* (3). Coloro che avevano nelle mani e ne' piedi un numero minore o maggiore di dita, erano o no annoverati fra i *morbosi*, secondo che poteano o no ben servirsi di quelle membra (4).

Nella classe dei *viziati* andavano specialmente i *castrati* e gli *spadones*. Se non che i primi erano considerati tali assolutamente; ma i secondi erano di diverse specie.

Spadonum generalis appellatio est: quo nomine tam hi qui natura spadones sunt, *thlibiae*, *thlasiae*; sed

(1) Ved. le LL. 60. D. lib. 42. tit. 1. (de re jud.)—2 e 3, Cod. lib. 10 tit. 50 (de morbo se exc.)—un. Cod. lib. 3. tit. 14 (quando imperator ec.)—Inst. lib. 1. tit. 24.

(2) L. 53 ivi.

(3) Ved. L. 1. § 11. ivi

(4) Ved. L. 10 ivi, e pag. 45.

et si quod aliud genus spadonum est, continentur (L. 128. D. lib. 50 tit. 16. de verb. sign.).

In questo senso dicono le fonti che gli *spadoni* ora vanno annoverati tra i *viziati* ed ora tra i *morbosi* (1).

2) Quanto *allo spirito*. Le circostanze per le quali si distinguevano le persone quanto allo *spirito* erano l' *intelligenza*, la *ragione*, la *condizione*, l' *opinione*, la *religione*.

a) L' intelligenza (*intellectus*) si faceva consistere allora come oggi nella facoltà di comprendere le cose (*rei intellectum capere*) (2). Se non che sembra che i Romani prendessero in considerazione non la fina intelligenza di cui son capaci soltanto i filosofi, ma la comune di cui è capace il volgo.

Poteva l' *intelligenza* venir meno per causa di *demenza* o di *furore*.

« *Furiosus* nullum negotium gerere potest, quia non « *intelligit* quod agit (Inst. § 8. lib. 3. tit. 19).

Tra la *demenza* ed il *furore* passava tuttavia una gran differenza. La *demenza* era una privazione d' intelligenza continuata; ma il *furore* ammetteva dei lucidi intervalli (*intervallum*, *intermissio*, *laxamentum*). Ora in questi intervalli l'uomo si reputava capace d'intendimento (*compos mentis o sui*) (3).

Per intervalla quae perfectissima sunt . . . . ipsum posse *furisum*, dum *sapit*. . . omnia facere, quae *sanis* hominibus competunt (L. 6. Cod. lib. 5 tit. 70. de cur. fur. et prod.).

Perciò il furore doveva essere continuo.

. . . . . In eo *furore* esse, ut *continua* mentis alie-

(1) L. 6. § 2. e L. 7. D. lib. 21. tit. 1. (de aed. edic.)

(2) Ved. L. 14. D. lib. 29. tit. 5. (de Senatus Sil.)

(3) Ved. L. 22. § 7. D. lib. 24. tit. 3. (Sol. matr.) 4. § 26. D. lib. 44. tit. 4. (de doli mali excep.) L. 3. Cod. lib. 5. tit. 7 (de cur. fur.)

natione *omni intellectu* careat (L. 14 D. lib. 1 tit. 18, de off. Praes.).

b) La *ragione* (*judicium*) importa non solamente la facoltà d'*intendere*, ma anche quella di *riflettere* sulle cose pensate e di *giudicare*. Perciò coloro che si reputavano dotati di *ragione* si reputavano pure capaci di *malizia* (*capax doli*) (1).

Il *furore* e la *demenza*, che distruggevano l'intendimento, distruggevano eziandio la *ragione*. Ma questa si poteva però anche perdere, senza che si perdesse l'intelligenza. In questa condizione era posto il *prodigo*, cioè colui che sciupava il suo patrimonio senza regola e misura.

Qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua *dilacerando* et *dissipando* profudit (L. 1. D. lib. 27. tit. 10, de cur. fur. et aliis dand.)

Il *prodigo* infatti era assimilato al *furioso*.

« *Furiosi* vel ejus *cui bonis interdictum* sit, nulla vo-
« luntas est (L. 40. D. lib. 50. tit. 17 de reg. jur.).

c) La *condizione* consiste nel posto che ciascuno prende nella distribuzione del gran lavoro della natura, che gli uomini sono obbligati a compiere sopra se stessi o sopra il mondo esteriore, per conseguire l'umano svolgimento e perfezionamento. Essa è *pubblica* o *privata*, secondo che lo scopo del lavoro è *politico* o *sociale*.

Parlando solo di quest' ultima specie, la quale appartiene al *Diritto privato*, occorre notare come CICERONE aveva divise tutte le condizioni in *liberali* e *sordide* (*liberales — sordidae* aut *illiberales*). Considerava come *sordide* o *illiberali*, le condizioni le quali non hanno altro scopo che il solo guadagno; e per *liberali* al contrario, quelle che tendono al conseguimento della sapien-

(1) Ved. L. 2. § 19. D. lib. 47. tit. 8. (vi bon. rap.)

za, quantunque non siano scompagnate da un modesto guadagno.

Iam de artificio et quaestibus, qui *liberales* habendi, qui *sordidi* sint, haec fere accepimus . . . . *Illiberales* et *sordidi quaestus* mercenariorum, omniumque quorum *operae*, non quorum *artes* emuntur . . . Quibus autem artibus aut *prudentia* major inest, aut non mediocris *utilitas* quaeritur, ut *medicina*, ut *architectura*, ut *doctrina* rerum honestarum : hae sunt iis, quorum ordini conveniunt, *honestae* (1).

Nelle fonti si suppongono spesso le condizioni sotto il nome di *conditiones* (2), *artes* (3), *studia* (4), *ministeria* (5). Si trovano anche distinte in due categorie appellate *artes liberales et artes ludicrae* (6). In luogo di *artes liberales* si trova la locuzione *studia liberalia* (7). In fine si trovano menzionate parecchie professioni le quali rientravano nell'una o nell' altra categoria (8). Ma in niun luogo son definite le due specie di professioni. Pare tuttavia che anche i giureconsulti attribuiscano il guadagno per iscopo delle *professioni servili*, e la *scienza* ed il *bello* per quello delle professioni *liberali*, alle quali non negavano, come Cicerone, un onesto guadagno, il quale si appella perciò *eximii laboris merces* (9).

d) L'*opinione* (opinio) consisteva nel conto nel quale gli uomini erano presso il pubblico onesto e serio, o

(1) De Officiis, lib. 1. cap. 42.
(2) L. 15. § 1. D. lib. 7. tit. 1. (de usufr.)
(3) L. 4. § ult. D. lib. 50. tit. 9. (de Decr. ab Ord. fac.) e 10. § 2. lib. 50. tit. 5. (de vac. it exc.)
(4) L. 53. D. lib. 40. tit. 5. (de fid. lib.)
(5) L. 4. D. lib. 3. tit. 2. (de his qui not. inf.)
(6) LL. 1. 2. 3. 4. ivi.
(7) L. 1. pr. D. lib. 50. tit. 13. (de extr. cogn.)
(8) L 14, §. 3. D. lib. 50 tit. 4. (de mun. et hon.)
(9) L. 34. §. ult. D. lib. 39. tit. 5. (de donat.)

innanzi alla legge. L'opinione buona appellavasi *existimatio* o *honor* (1). La cattiva *infamia* (2), *turpitudo.* (3), *levis nota* (4).

L' *onore* e l' *infamia* potevano essere ugualmente *naturale* e *civile*. È *naturale* l' onore o l' infamia quando dipende esclusivamente dal conto in cui gli uomini si trovano presso *il pubblico onesto* e *serio*:

> Ea quae pater testamento suo filios increpans scripsit, *infames* quidem filios *jure* non faciunt, sed apud *bonos* et *graves opinionem* ejus, qui patri displicuit, onerant (L. 13. Cod. lib. 2 tit. 12. ex quib. caus. inf. irrog.) (5).

In questo senso si distingueva un'infamia nascente dalla cosa (*re*), ed un'infamia fondata sull'editto del Pretore:

> . . . Licet verbis edicti non habeantur infames (parlando de' figli che non rispettano i genitori)... *re* tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam (L. 2. D. lib. 37. tit. 15. de obseq. parent.)

È *civile*, quando dipende dal Diritto, sia *legislativo* sia *consuetudinario*.

> Existimatio est dignitatis inlesae status, *legibus* ac *moribus* comprobatus (L. 5. § 1. D. lib. 50. tit. 13.).

All' *esistenza* di fatto appartengonò soltanto l'*onore* e l' *infamia naturale*.

e) Rispetto alla *religione*. Sembra che i Romani fin dai primi tempi credessero necessaria una *religione*; ma coloro che non ne professassero alcuna vennero abbandonati alla vendetta degli Dei. Tuttavia non permisero che si professasse una religione che non fosse riconosciuta dallo Stato. Ciò risulta da Cicerone, il quale avendo in for-

(1) L. 3. § 8. D. lib. 22. tit. 5. (de test.)
(2) L. 1. § 5. D. lib. 3. tit. (de post.)
(3) L. 27. Cod. lib. 3. tit. 28. (de inoff. test.)
(4) Ved. i testi seg.
(5) Ved. Makeldey, § 135.

ma di legge enunciato questo concetto, sembra che manifestasse non già un giudizio proprio e personale intorno all'importanza della *religione* e della sua forma, ma la pubblica credenza dei tempi suoi :

Ad Divos adeunto caste : pietatem adhibento : opes amovento. Qui secus faxit, *deus ipse vindex erit.*

Separatim nemo abesset deos ; neve *novos* sive *advenas,* nisi publice adscitos, privatim colunto (1).

Le persecuzioni religiose cominciarono la prima volta contro coloro che presero a professare la Religione Cristiana, le quali furono più o meno violenti, secondo l'indole degl'imperatori. Ad esse si pose termine colla proclamazione che ne fece Costantino dichiarandola Religione dello Stato :

« Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium, in tali volumus religione versari, quam DIVUM PETRUM Apostolum tradidisse Romanis , religio quae adhuc ab ipso insinuata declarat (L. 1. Cod. lib. 1. tit. 1, de summa Trin.).

Questa Religione fu elevata a dovere, ed oltre della divina vendetta, coloro che si fossero rifiutati di abbracciarla, erano soggetti ad una *pena* ed appellati col nome di *eretici*.

Hanc legem sequentes , *Christianorum Catholicorum* nomen jubemus amplecti ; reliquos vero dementes vesanosque judicantes , haeretici dogmatis infamiam sustinere; divina *primum vindicta, post etiam* motus animi nostri, quem ex caelesti arbitrio sumpserimus, *ultione plectendos* (§ 1. ivi).

Il culto fu fermato nel Concilio di NICEA , e confermato da una Costituzione.

. . . . Nicaenae fidei dudum a majoribus traditae , et divinae religionis testimonio atque assertione firmatae , observantia semper mansura teneat. Is autem

(1) De legibus, lib. 2. § 8.

Nicaenae adsertor fidei et Catholicae religionis verus cultor accipiendus est, qui omnipotentem Deum et Christum filicina Dei uno nomine confitetur: Deum de Deo, lumen de lumine: qui Spiritum Sanctum, quem ex summo rerum parente et speramus et accipimus, negando non violat: apud quem intemeratae fidei sensus viget et incorruptae Trinitatis indivisa substantia (L. 2. Cod. lib. 1. tit. 1).

3) Quanto al *corpo* ed allo *spirito*. Le persone fisiche, sotto questo rapporto, si distinguevano per l'*età* (1). *Aetas*, contrazione di *aevitas*, indica gli spazii della vita dell' uomo, e per traslato, di qualunque corpo organico. Più specialmente però indica il passaggio da uno stato all' altro del *corpo* e dello *spirito*. Questo passaggio è una conseguenza necessaria del modo onde succede lo svolgimento e perfezionamento della vita dell'uomo, tanto rispetto al *corpo*, quanto rispetto allo *spirito*; il quale non si ottiene di un tratto, ma progressivamente ed a gradi. E poichè per l'uso della vita occorrono certe condizioni *fisiche* e *morali*, le quali non si acquistano se non con questo svolgimento e perfezionamento, s' intese in tutti i tempi e luoghi il bisogno di stabilire le varie *età* dell' uomo dell' uno e dell' altro sesso.

I filosofi avevano distinta l' età in differenti modi, secondo i principii che professavano circa gli elementi dai quali credevano potersi dedurre una ragionevole classificazione. Così Varrone ne avea fatto cinque gradi o periodi; Ippocrate, sette ecc. (2); ma queste classificazioni sono straniere al Diritto Romano.

La più antica classificazione dell' età, la quale abbia relazione col Diritto, è quella che fu fatta da Servio

(1) Su questo arg. ved. specialmente di Savigny, §. 106-111.

(2) Ved. Censorino, De die natali, cap. XIV — Isidoro, Orig. lib. XI. cap. 11.

Tullio in occasione del censimento, in *pueri*, *juniores et seniores*, e l'età in *pueritia*, *juventa et senecta*:

Cajus Tubero in historiarum primo scripsit, Servium Tullium, regem populi romani, quum illas quinque classes juniorum, census faciendi gratia, institueret, pueros esse existimasse qui minores essent annis *septemdecim*: atque inde ab anno septimodecimo quod *idoneos* jam esse *reipublicae* arbitraretur, *milites* scripsisse: eosque ad annum *quadragesimum sextum juniores*, supraque eum annum *seniores* appellasse. Eam rem propterea notavi, ut discrimina quae fuerint judicio moribusque majorum *pueritiae*, *juventae*, *senectae*, ex ista censione Servii Tullii prudentissimi regis noscerentur (1).

Questa prima classificazione si trova ricordata nelle fonti del Diritto, sostituendo alla parola *pueri* la parola *adolescentes*:

Existimari potest *juvenis*, is qui *adolescentis* excessit aetatem, quoad incipiat inter *seniores* numerari (L. 69. § 1. D. lib. 32. tit. 1 de legat. et fid.)

Essa concerneva il *Diritto pubblico*, perchè serviva a determinare l'età in cui si era atto a difendere lo Stato dai nemici esterni ed a governarlo nell' interno (2). Laonde sembra che si applicasse ai soli *maschi*, poichè essi soli godevano i dritti *politici*, come vedremo.

I *juniores* infatti secondo Livio vennero destinati ad affrontare il nemico in campagna, i *seniores* ad attenderli sulle mura.

Ex iis qui centum millium aeris, aut majorem censum haberent, octoginta confecit centurias, quadragenas *seniorum* ac *juniorum*. Prima classis omnes appel-

(1) Gellius, lib. X. cap. 28.

(2) Ved. Ovidio, lib. 6. Fastorum, cap. 1.

. . . . . . populum digessit ab annis
Romulus, in partes distribuitque *duas*;
Haec *dare consilium*, *pugnare* paratior illa est.
Heca aetas bellum *suadit*, at illa *gerit*.

lati. *Seniores* ad *urbis custodiam* ut presto essent, *juvenes* ut *foris bella gererent* (1).

A questa prima classificazione se ne trova aggiunta una seconda in *puberes et impuberes* (2), e venne applicata all' uno ed all' altro sesso:

Tutores constituuntur tam *masculis* quam *feminis*: sed *masculis* quidem *impuberibus* dumtaxat, propter aetatis infirmitatem; *feminis* autem tam *impuberibus* quam *puberibus*, et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam (Ulp. Regular. tit. 11 § 1).

Sponsalia tam inter *puberes* quam inter *impuberes* contrahi possunt (Paul. Sentent. lib. 2. tit. 19. § 1).

Ma le femine *puberi* si trovano chiamate anche *nubiles*:

Permissum est parentibus, liberis quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus *impuberibus* dumtaxat; *feminini* autem, tam *impuberibus* quam *nubilibus* (Gajus, Comment. 1. § 144).

Noi non sappiamo in qual epoca la seconda classificazione fosse stata introdotta (3), nè con quale *criterio* coloro che la introdussero distinsero la pubertà (*pubertas*) dall' impubertà (*impubertas*). Sembra intanto che non dovettero essere del medesimo avviso intorno a questo *criterio*, poichè se ne faceva quistione ai tempi dei *Cassiani* e dei *Proculiani*, nè ai tempi di Giustiniano era stata ancora risoluta. Or quando la scienza s'impossessa di una quistione, segno è che le leggi debbano esser mute intorno alla materia di essa.

Certa cosa è però, che i Romani, nel Diritto privato,

(1) Lib. 1. cap. 43.

(2) Ved. Vinnio, l. c. Puchta, § 202. di Savigny, § 106-111. Ortolan, Explicat. hist. lib. 3, tit. 19. § 10, de Crescenzo, Sist. §. 19.

(3) Alcuni credono che non era riconosciuta dalle leggi delle XII Tavole (Ottone Comm. alle Istitut. e Parafr. di Teofilo, lib. 9. tit. 22.) Ved. Macrobio, Saturnalia, VII. 7.

non si occuparono dell'*età*, se non per determinare quando e come si potesse usare, per l'utilità della vita, sia del *corpo*, sia dello *spirito*. E poichè l'uno è strettamente connesso all'altro, ne derivò che alcuni presero per criterio l'uso possibile del *corpo*, altri l'uso possibile dello *spirito*, ed altri l'uno e l'altro. Così i *Cassiani* ponevano il segno sensibile ed esterno della *pubertà* o *impubertà* nell'*habitus corporis*, cioè nella *potenzialità della riproduzione*:

> *Puberem* Cassiani eum esse dicunt, qui *habitu corporis pubes* apparet, id est qui *generare* possit. (Ulp. Reg. tit. 11. § 28.)

I *Proculiani* al contrario la deducevano *dalla potenzialità d'intendere e giudicare*; e dicevano *pubere* o *impubere* chi fosse o no giunto all'età in cui, secondo l'esperienza, si soleva acquistare la ragione (*judicium*) (1). La quale età era degli anni *quattordici* per i *maschi*, e degli anni *dodici* per le *femmine*:

> Diversae scholae auctores, *annis* putant pubertatem exstimandam, id est, eum *puberem* esse exstimant qui XIV annos explevit. (Gajo, Com. 1. § 196.)
>
> Foeminas . . . quarum aetas *biennio* viros non sera pubertate praecedit. (L. un. § 1. Cod. Teodos. lib. 2. tit. 17.)
>
> . . . *Duodecimus* annus in femina et *quartusdecimus* in puero definit *pubertatis aetatem* (2).

Alcuni altri invece, che non appartenevano nè all'una nè all'altra scuola, richiedevano sì l'una che l'altra condizione:

> Verum Priscus eum puberem esse (putat), in quem

(1) Ved. i testi a pag. 70 e seg.

(2) Macrobio, Saturn. VII. 7. Isidoro, Orig. XI. 2. Ved. pure i testi seg.

utrumque concurrit, et *habitus corporis* et *numerus annorum*. (Ulp. Reg. tit. 11. § 28.)

Ma questi criterii per distinguere la *pubertà* dalla *impubertà* erano applicabili ad entrambi i sessi? Secondo risulta da Ulpiano, parrebbe che l'*habitus corporis* fosse il segno della *pubertà* tanto per l' *uomo* quanto per la *donna*, poichè suppone codesto criterio, parlando del matrimonio :

> Justum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt, connubium sit : et tam *masculus pubes*, quam *femina potens sit*. (Reg. lib. 5. § 2.)

Ma secondo Gajo, parrebbe che riguardasse soltanto i *maschi*, salvo il caso in cui per causa di malattia non potessero acquistar l'*habitus corporis*, come accadeva negli *spadones*, rispetto ai quali la pubertà si giudicava dagli *anni* :

> Nostri praeceptores *puberem* eum esse putant, qui *habitu corporis pubertatem* ostendit, hoc est qui *generare* potest; sed in his qui *pubescere* non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cujus *aetatis puberes* fiunt, (Comment. 1. § 196.)

L'avviso di Gajo sembra confermato da un frammento di Pomponio, il quale parlando della validità del matrimonio, dice che per essere tale rispetto alla *donna*, occorreva necessariamente l' *età* di dodici anni:

> Minorem *annis duodecim* nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset *duodecim annos*. (L. 4. D. lib. 23. tit. 2.)

All' autorità delle fonti in favore di questa ultima opinione si aggiunge quella della morale, che i Romani primitivi richiedevano in tutti gli atti della vita pubblica e privata. Ora è inconcepibile come avessero potuto permettere che la *pubertà* della donna fosse giudicata dall'*habitus corporis*; e tutte le cose che alcuni

scrittori hanno messo in mezzo (1) per conciliare codesto criterio col *pudore*, non sono sufficienti a fare ammettere il sistema contrario.

Codesta opinione implicitamente risultava dalla costituzione di Giustiniano, colla quale volendo far cessare la quistione tra i *Proculiani* ed i *Cassiani*, non solo parlò soltanto del sesso *maschile*, ma, prendendo norma da quel che teneva per istabilito nel rapporto del *femminile* circa la determinazione della *pubertà*, dichiarò che essa si dovesse giudicare dagli *anni* e non dall'*habitus corporis*, reputando quest' ultimo criterio *impudico* anco rispetto ai *maschi*:

> Indecoram observationem in examinanda *marium* pubertate resecantes, jubemus quemadmodum foeminae post impletos *duodecim annos* omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum *quatuordecim* annorum puberes existimentur: indagatione corporis inhonesta cessante. (L. 3. Cod. lib. 5. tit. 60).

Ma nelle Istituzioni l' enunciò chiaramente:

> Pubertatem veteres non solum ex *annis*, sed etiam ex *habitu corporis* in *masculis* aestimari volebant. Nostra autem majestas dignum esse castitate nostrorum temporum extimans bene putavit, quod in *feminis etiam* antiquis impudicum esse visum est, id est *inspectionem habitudinis corporis*, hoc etiam in *masculos extendere*. Et ideo sancta costitutione promulgata, pubertatem in *masculis* post *decimum quartum* annum completum illico initium accipere disposuimus, *antiquitatis normam* in *feminis* bene *positam* in suo ordine relinquentes, ut post *duodecimum* annum impletum *viripotentes* esse credantur. (Lib. 1. tit. 22 pr.)

Per quanto concerne l'uso del *corpo*, l'antica distinzione rimase la stessa fino agli ultimi tempi; ma non avvenne

(1) Ved. il Com. di Ottone alle Inst. di GIUSTINIANO ed alla Parafrasi di TEOFILO, lib. 1. tit. 22. § 1.

così di quella che riguardava l'uso dello *spirito*. Sotto questo rapporto i *puberes* vennero suddivisi in *minores et majores*; e gl'*impuberes* in *infantes seu qui fari non possunt*, e *qui fari possunt*, detti anche *infantia majores*. Gli ultimi vennero anch'essi distinti in *infantiae proximi et pubertati proximi* (1).

Ora in qual tempo e per quali motivi s'intese il bisogno di modificare sotto questo rapporto l'antico sistema? Pare che le riforme cominciassero dalla *pubertà*, perchè l'età che distingueva i *minores* dai *majores* fu stabilita con un *plebiscito*, che è conosciuto sotto il nome di *lex Plaetoria* o *Laetoria*, e che sembra essere stato pubblicato nell'anno 590 dell'era Romana secondo alcuni, e secondo altri molto prima (2). Al contrario l'età onde si distinguevano le diverse classi degli *impuberi* sembra che fosse stata introdotta dall'autorità dei giureconsulti (*auctoritas prudentum*) dei tempi classici. Quanto alle ragioni, senza dubbio, furono diverse; ma tanto le une quanto le altre riforme suppongono in generale le persone *libere* e non soggette alla *paterna autorità*, tranne il caso in cui, per un *jus singulare*, si trovassero nella potestà di agire non ostante la dipendenza dalla *patria potestà*, come avveniva quando erano possessori di un *peculio* (3).

Or parlando in prima della *pubertà*, le persone non appena diventavano *puberes*, acquistavano il potere di fare tutti gli atti della vita civile. Ma è facile il comprendere come, specialmente nei primi anni della pubertà, i giovanetti dovessero andare spesso soggetti ad entrare in relazioni giuridiche, pregiudizievoli ai loro interessi, senza potere ottenere dai magistrati alcuna ri-

(1) Ved. i testi seguenti, e VOLTEJUS, Iurispr. lib. 1. cap. 4.

(2) Ved. Cic. de off. lib. III. cap. 15. e gli annotatori — EINN. Antiq. Rom. lib. 1. tit. 23. §. 6. HUGO Stor. § 101—DI SAVIGNY, §. 111.

(3) Ved. quel che si dirà in occasione della patria potestà.

parazione, atteso il rigore del *Diritto Civile*, il quale non permetteva che gli atti fatti colle forme stabilite venissero privati dell'efficacia per ragioni intrinseche agli atti stessi (1). La prima legge che venne in soccorso dei puberi inesperti fu, come si è detto, la legge *Plaetoria*, la quale ad evitare gl' inconvenienti che potevano nascere da un sistema che avesse accordato un' azione di risoluzione degli atti nei singoli casi di pregiudizii, preferì di stabilire per regola generale, che tutti gli atti fatti da coloro che non avevano ancora compiuti gli anni *venticinque*, contenessero la presunzione di una lesione, tranne se fossero stati fatti coll'assistenza di un curatore. Se non che alcuni credono che gli atti andassero soggetti a risoluzione (2); altri che gli autori di essi fossero soltanto passibili di una pena (3).

Praetor edicit : *Quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam*. Apparet, minoribus annis viginti quinque eum opem polliceri ; nam post hoc tempus compleri *virilem* vigorem constat. Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus. (L. 1. §. 2. 3. D. lib. 4. tit. 4. de min.)

Per quanto concerne gl'*impuberi*, la necessità di riformare l'antico sistema fu la conseguenza delle condizioni che richiedeva il Diritto Civile per la validità degli atti. Non era sufficiente che gl'interessati avessero l'età richiesta dalle leggi, ma occorreva anche la loro presenza personale e la possibilità di pronunziare ed ascoltare le parole le quali erano necessarie per la celebrazione degli atti (*formulae*). Ora da una parte gl'impuberi non pote-

(1) Ved. i Primi, lib. 1. cap. 6. e lib. 3. §. 2.
(2) Ved. Einn. antiq. Rom. lib. 1. tit. 23. §. 6.
(3) Ved. Di Savigny, §. 111.

vano intervenire negli atti, sia per difetto di età, e sia perchè si reputavano non capaci di esprimere la loro volontà colle parole proprie, essendo sotto questo rapporto assimilati ai *muti* (1); dall'altra coloro ch'erano destinati a tutelare i loro interessi (*tutores-tuitores*) non potevano celebrarli invece di loro, perchè non erano interessati. Così tranne gli atti di amministrazione, finchè durava l'età impubere, non era possibile ad alcuno di entrare in rapporti giuridici. A provvedere a questo inconveniente, e considerando che anche prima di giungere agli anni *dodici* o *quattordici* gl' impuberi potevano concorrere negli atti, almeno per quanto concerneva la parte *formale* di essi, l'impubertà fu divisa in due periodi. Nel primo si mantenne l'antico sistema di considerare gl'impuberi incapaci di pronunziare ed intendere le *formole*; nel secondo periodo si attribuì loro questa sola attitudine, salvo ai tutori di valutare in fatto se realmente fossero capaci, approvando o riprovando, secondo le circostanze, il loro operato (*interponendo vel non auctoritatem suam*). In questo senso vennero distinti, come si è detto, in *qui fari possunt et qui fari non possunt*. Il primo periodo abbracciava i primi *sette* anni, il secondo il rimanente dell'età impubere :

> Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus; nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur; ita tamen, ut pro his qui *fari non possunt*, vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant; pro his autem qui supra *septimum annum* aetatis sunt, et praesto fuerint, auctoritatem praestent. (L. 1. §. 2. D. lib. 26. tit. 7. de adm. et per. tut.)

(1) Ved. i testi seguenti, e SENECA, Epist. 124.

Si pupillo *infanti* restituere hereditatem quis rogatus sit: si sponte adierit, etiam servo ejus et ipsi pupillo, *tutore auctore*, restituetur hereditas; si quidem eo quod *fari non potest*, non magis ea res impedietur, quam in *muto pubere* volenti sibi restitui hereditatem. (L. 65. §. 3. lib. 36. tit. 1. ad Senatusc. Treb.)

Non tutti gli atti però hanno la medesima importanza. Per alcuni basta la sola intelligenza (*intellectus*) anche imperfetta; ma per altri ci vuole la ragione (*judicium*). Così avvenne che il secondo periodo dell' *impubertà* fu distinto in due parti o *periodi* minori, e gli impuberi in due classi. Nell'età prossima all'infanzia, gli impuberi furono reputati soltanto capaci d'*intelligenza;* nell'età prossima alla pubertà capaci anche di *ragione.* I primi perciò furono chiamati *proximi infantiae*, gli altri, *proximi pubertati*, salvo se ragioni speciali d' *utilità* non rendessero necessario di assimilare i primi ai secondi.

Pupillus omne negotium recte gerit: tamen ut sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est qui jam *aliquem intellectum habent*: nam *infans* et qui *infantiae proximus est*, non multum a *furioso* distant, quia hujusmodi aetatis pupilli nullum habent *intellectum*. Sed in proximis *infantiae*, *propter utilitatem* eorum, benignior juris interpretatio facta est: ut idem juris habeant, quod *pubertati proximi*. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur. (Inst. lib. 3. tit. 19. § 9-10.)

Così per potere imputare ad un pupillo il dolo, bisognava che fosse capace di ragione (*doli capax*), ed è per questo motivo che doveva trovarsi nell'età prossima alla pubertà:

Julianus saepissime scripsit, *doli* pupillos, qui prope

pubertatem sunt, *capaces* esse. (L. 4. §. 26. D. lib. 44. tit. 4. de doli excep.)

Pupillum qui proximus pubertati sit, *capacem* esse et furandi et injuriae faciendae. (L. 111. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

Al contrario bastava la sola intelligenza per essere ammesso a fare una promessa di futuro matrimonio (*sponsalia*); perciò si permetteva appena terminato il *settennio*.

In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: quapropter et a primordiis aetatis *sponsalia* effici possunt si modo id fieri ab utraque persona *intelligatur*, id est, si non sint minores quam *septem annis*. (L. 14. D. lib. 23. tit. 1. de sponsalib.) (1).

Intorno al modo di distinguere codeste due classi d'impuberi , le fonti non contengono alcun criterio. Ciò ha dato occasione agl' interpetri di dividersi in tre opinioni. Alcuni (ed il primo fu Accursio) dividono il tempo tra il settennio ed il dodicesimo o quattordicesimo anno in due parti uguali: nella prima ripongono i *proximi infantiae*, nella seconda i *proximi pubertati*. Altri opinano che l'età prossima all'infanzia o alla pubertà sia quella che più si avvicina all'una o all'altra. Altri infine credono che l'una e l'altra età si debba giudicare dalla condizione speciale e soggettiva di ciascun pupillo , e che secondo sia più o meno intelligente, qualunque sia la sua età , debba essere reputato prossimo all'infanzia o alla pubertà (2).

Oltre a questi periodi ordinarii e generali, vi ha an-

(1) Ved. Vinnio, Com. Inst. lib. 3. tit. 20. § 9 n. 1, 2. Ottone, ivi.

(2) Ved. quanto agli antichi Vinnio, Com. Inst. lib. 3. tit. 20. § 9. Quanto a' moderni , di Savigny § 107. Makeldey , n. al § 139. Ortolan, Expl. his. lib. 3. tit. 19. § 10.

cora molti altri periodi, i quali si riferiscono ad alcune speciali istituzioni. Così bisognava l'età di diciassette anni per postulare in giudizio (1): diciotto anni per essere giudice (2): venti anni per essere dichiarato schiavo qualora si vendesse fraudolentemente la libertà (3): anni diciotto per la donna, e venti per l'uomo, per potere essere dispensato dalla *curatela*, mediante la *venia aetalis* (4). Ma di questi ed altri casi si discorrerà in proposito di ciascuna istituzione.

§ 5.

Termine dell' esistenza di FATTO.

L'esistenza di fatto si estingue colla *morte naturale.* Ora la *morte* può essere *certa* o *presunta.*

È *certa* quando si sa che un individuo sia trapassato. Finchè si tratti della morte di *un solo*, nell'ordine del Diritto *privato*, essa non può dar luogo ad alcuna controversia; imperocchè o *naturale* o *violenta*, produce sempre il medesimo effetto (5). Ma quando *più persone* siano morte insieme, e non si sappia chi sia stata la prima a morire, se tra esse vi siano tali relazioni che l'una sia chiamata a succedere all'altra, fa mestieri di regolare queste relazioni nel modo più conforme alla natura delle cose. E non potendo farlo per mezzo delle *pruove*, si è dovuto ricorrere alle *presunzioni*. Ciò forma la materia della dottrina dei *commorientes* o *commortui*, secondo il linguaggio della scuola. Gli elementi di questa dottrina si trovano nel Digesto, sotto il titolo *de rebus du-*

(1) L. 1. §. 3. D. lib. 5, tit. 1. (de postul.)

(2) L. 570. D. lib. 4. tit. 1. (de re jud.)

(3) Institut. lib. 1 tit. 3. §. 4.

(4) L. 2. Cod. lib. 2. tit. 45. (de his qui ven. aet.)

(5) A questo principio non fa eccezione il caso in cui l'autore della morte violenta sia dichiarato indegno di succedere.

biis (34 — 5). Nondimeno, poichè non vi s' incontrano che casi speciali, gl'interpetri non ammettono le medesime regole. Secondo alcuni (1), pare che in tesi generale, le persone trapassate insieme si presumessero trapassate anche nello stesso tempo:

Si pariter decesserint, nec appareat quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse. (L. 18. D. lib. 34. tit. 5 de reb. dub.)

A questo principio, che si trova applicato a parecchi casi (2), si faceva eccezione quando fossero morti insieme il padre ed il figlio. Qualora il figlio fosse stato *pubere*, si presumeva morto prima il padre. Al contrario si presumeva morto dopo, quando il figlio fosse stato *impubere:*

Si L. Titius cum filio *pubere*, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intelligitur supervixisse *filius patri* . . . . . . Quod si *impubes* cum patre filius perierit, creditur *pater* supervixisse, nisi et hic contrarium adprobetur (L. 9. §. 4. D. ivi).

Ma codesta eccezione cessava per farsi ritorno alla regola in due casi ·

1°) Nel caso che morissero insieme il *liberto* ed il figlio. In grazia del *padrone*, che avea diritto a succedere, si presumevano morti nello stesso tempo:

Si cum *filio* suo *libertus* simul perierit, intestati *patrono* legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim *reverentia patronatus* suggerente dicimus (L. 9. §. 2. ivi).

2°) Nel caso morissero insieme colui che era stato gravato di fedecommesso colla condizione *si sine liberis decesserit*, ed il figlio. Anche in questo caso si presumeva

(1) Ved. di SAVIGNY, § 63.—MAKELDEY, §. 154 — GOUDSMIT, Cours des Pand. §. 22.

(2) Ved. la cit. L.

la morte contemporanea, per favorire il *fedecommesso:*

Si naufragio, vel ruina, vel adgressu, vel quo alio modo, (filius) simul cum patre perierit, an conditio (fideicommissi) defecerit videamus? Et magis non defecisse arbitror, quia non est verum filium ejus supervixisse. (L. 17. §. 7. D. lib. 36. tit. 1. Ad Senatusc. Treb.)

Secondo altri, per regola generale, gl' impuberi si debbono presumere premorti ai puberi, qualunque siano le persone; e ciò che si trova detto del padre e del figlio, si deve tenere non per un' eccezione, ma per applicazione della regola (1).

La morte è *incerta* quando al contrario s' ignora se una persona sia *vivente* o *morta*. Bisognando in questo caso regolare i rapporti giuridici nei quali ella si trova coi *terzi*, dipendenti dalla sua *vita* o dalla sua *morte*, diventa necessario di ricorrere anche qui ad una *presunzione*, ma di un altro genere. Si giudica della *vita* o della *morte* dall' *età* in cui si trova la persona all'epoca nella quale quei rapporti debbono essere regolati. Questa parte della materia concernente il *termine dell' esistenza di fatto*, non è trattata nelle fonti in alcuna maniera. Perciò gl' interpetri furono obbligati a ricorrere all'analogia. In generale si ritenne che nel dubbio l'uomo si reputi morto dopo il *centesimo anno* dalla sua *nascita*. Non è già che i giureconsulti avessero ciò dichiarato direttamente e come regola generale; ma essendo l' *usufrutto* per natura temporaneo, e dovendone regolare la durata nel rapporto delle *persone giuridiche*, che o non muoiono mai, o vivono lunghissimo tempo, lo limitarono a *cento* anni, perchè *finis vitae longaevi hominis est*:

Dubitatio est, quousque tuendi essent.... in usufructu

(1) Vedi MÜHLENBRUCH, § 185.

municipes? Et placuit *centum annis* tuendos esse municipes, *quia is finis vitae longaevi hominis est*. (L. 56. D. lib. 7. tit. 1, de usufr.)

Non mancarono però interpetri che credettero che la presunzione della morte si dovesse stabilire agli anni *sessanta*. Essi pure si fondavano sopra un caso di analogia. Imperocchè, dovendosi regolare i rapporti tra l'erede ed i legatarii quanto alla quota che la legge *Falcidia* venne concedendo all'erede gravato di legati, nel caso che questi concernessero non la *proprietà*, ma gli *alimenti* o *l'usufrutto* delle cose ereditarie, si dovette stabilire il valore di esso sulla possibile durata della vita del legatario. Ora avendo posto per ultimo termine l'età di anni sessanta, si credette che questa età fosse considerata anche come il più lungo termine della vita.

Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse ULPIANUS scribit, ut a *prima aetate* usque ad annum *vicesimum*, quantitas alimentorum *trigintae* annorum computetur, ejusque quantitatis Falcidia praestetur.... ab annis *quinquagintaquinque* usque ad annum *sexagesimum*, annorum septem: ab annis *sexaginta*, cujuscumque aetatis sit, annorum *quinque*. Eoque nos jure ut ULPIANUS ait, et circa computationem *ususfructus* faciendam. (L. 68. D. lib. 35. tit. 2, ad Leg. Falc.)

CAPITOLO II.

DELL' ESISTENZA DI DIRITTO IN ISPECIE.

Generalità.

La nascita, la vita e la forma umana, non bastano all'*homo* per conseguire la sua suprema destinazione. Egli ha bisogno, come dicemmo, di certi *diritti*, i quali sono altrettanti mezzi rispetto a codesto fine. Il *possesso* o *godimento*, e l' *esercizio* di questi diritti, costituiscono

l'esistenza giuridica dell' *homo*. Essa imprime all'uomo un carattere per cui si eleva al disopra di tutti gli altri esseri animati. L'*esistenza* di *diritto* dunque razionalmente è inseparabile dalla *esistenza* di *fatto*. Tuttavia, poichè, come vedremo, *civilmente* questa nuova esistenza si considera come un accrescimento di valore dell'*homo*, si crede (1) che i giureconsulti perciò chiamassero l'*homo* PERSONA. In questo senso, come vedemmo, il Vico disse che *homo est vocabulum naturae*, e *persona est vocabulum juris* (2).

Di qui è derivata l'opinione che i giureconsulti chiamassero *homo* l'uomo privo di diritti, e *persona* l'uomo dotato di diritti. Ma questa opinione non è conforme alle fonti, dove troviamo talvolta lo *schiavo*, che come vedremo è uomo senza diritti, chiamato *persona*, tal altra chiamata *homo* la *persona* avente dei diritti; e spesso ancora la stessa parola usata nell'uno e nell'altro senso. Così:

In *personam servilem* nulla cadit obligatio. (L. 22. D. lib. 50. tit. 17, de reg. jur.)

. . . Eo modo et *serviles* et *liberae personae* mancipantur (Gajo com. 1. §. 120).

Summa de jure *personarum* divisio haec est, quod omnes *homines* aut *liberi* sunt aut *servi*. (L. 3. D. lib. 1. tit. 5, de statu hom.)

L'esistenza di diritto venne, nella scuola specialmente moderna, appellata *capacità*. Questa voce evidentemente è una traduzione della voce latina *capacitas*, se non che essa non si trova adoperata nelle fonti nel medesimo significato in cui noi usiamo la parola *capacità*, se non una sola volta, dal giureconsulto GAJO, trattando una quistione concernente l'acquisto di un legato.

Si eo herede instituto, qui vel nihil, vel non totum

(1) Vedi EINN. nota al Vinnio, lib. 1. tit. 3.

(2) V. le Generalità intorno all' *homo*, pag. 40.

capere potest, servo hereditario legatum fuerit: tractantibus nobis de *capacitate*, videndum est, utrum heredis an defuncti persona; an neutrius spectari debeat? Et post multas varietates placet, ut quia nullus est dominus, in cujus persona de *capacitate* quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati. (L. 55. §. 1. D. lib. 31. tit. 1. de leg. 2.)

Le voci più comuni sono *caput*, *status*, *condicio* o *conditio*. Così lo stesso Gajo, parlando della perdita della capacità, si serve della voce *caput:*

> Est *capitis* deminutio prioris *capitis* permutatio. (Com. 1. §. 159.)

Giustiniano, parlando della medesima cosa, usa la voce *caput* e *status* nello stesso significato:

> Est *capitis* diminutio *status* prioris commutatio. (Inst. lib. 1. tit. 16. de cap. de min.)

Ulpiano al contrario, parlando della capacità del testatore, usa la voce *conditio* :

> Si (heres) de *conditione* testatoris incertus sit, paterfamilias an filiusfamilias sit, non poterit adire hereditatem; etsi ejus *conditionis* sit in veritate ut testari poterit. (L. 32. §. 2. D. lib. 29. tit. 2. de adq. vel amit. hered.)

Ermogeniano, parlando della capacità in generale, usa la voce *status personarum*;

> Cum hominum causa omne jus constitutum sit: primo de *personarum statu*, ac post de caeteris...dicemus. (L. 2. D. lib. 1. tit. 5 de st. hom.) (1).

Secondo la definizione che abbiamo data dell' *esistenza di diritto* o *capacità*, essa evidentemente si compone di due elementi, del *possesso* o *godimento* dei diritti, e dell' *esercizio* di essi. Il *possesso* o *godimento* è stato nella scuola chiamato *capacità di diritto*; e l'*esercizio*,

(1) Ved. Puchta, § 211.

capacità di agire. Codesta distinzione non era ignota ai giureconsulti romani, ma per esprimerla si servivano di locuzioni le quali variavano secondo i casi.

I due elementi della *capacità* si possono non solo distinguere, ma separare. Se non che, chi abbia la *capacità di diritto*, può non avere la *capacità di agire*; ma chi abbia questa, deve necessariamente avere anche quella, poichè per esercitare i diritti bisogna averli. Codesta separazione è il fondamento di una doppia classe di persone, che nella scuola vengono distinte col nome di *capaci* e d' *incapaci*, secondo che abbiano o no la *capacità di agire*. Ed anche rispetto a questa classificazione delle persone, le fonti non ci offrono speciali e proprie locuzioni, contentandosi di denominarle secondo la causa donde l'incapacità deriva.

Tutti i diritti di cui le persone sono capaci furono dai giureconsulti ridotti a tre grandi categorie, alla *libertà*, alla *cittadinanza* ed alla *famiglia*.

Tria sunt quae habemus: *libertatem*, *civitatem* et *familiam*. (L. 11. D. lib. 4. tit. 5. de cap. min.)

Di qui derivarono tre forme della *capacità* nel rapporto coi diritti. Nelle fonti antegiustinianee la *capacità*, nel rapporto colla libertà, trovasi chiamata *status libertatis*.

Quaecumque mulierum post hanc legem servi contubernio se miscuerit, et non conventa per denuntiationes, sicut jus statuebat antiquum, *statum libertatis* amittat. (L. 5. Cod. Theod. lib. 4. tit. 11)

La scuola per analogia chiamò la capacità fondata sulla cittadinanza, *status civitatis*, e quella fondata sulla famiglia, *status familiae* (1).

(1) Ved. Ottone, Com. Inst. lib. 1. cap. 3. pr. Einn. Inst. lib. 1. §. 76. Makeldey, n. 8. al § 145 — Müchlenbruch, § 182. n. 2. Vico de Const. philolog. cap. 20, pag. 347.

Codeste tre specie di *capacità* o *status* si potevano trovare unite o separate. Se non che la prima poteva stare senza le due altre, ma niuna di queste senza di quella. Quanto ai rapporti tra lo *status familiae*, e lo *status civitatis* in ispecie, nella prima epoca del Diritto, cioè nell'epoca *aristocratica* o *eroica* (1), il primo supponeva necessariamente il secondo; il che avveniva in virtù del principio, che per appartenere allo *Stato* bisognava far parte di una *Gens*, e per far parte di una *Gens* bisognava appartenere ad una *Familia*. Ma nei periodi posteriori succedeva il contrario: per avere lo *status familiae* bisognava possedere lo *status civitatis* (2).

L' unione dei tre *stati* o *capacità* formava la personalità perfetta, per esprimere la quale le fonti non ci offrono locuzioni proprie. Al contrario la privazione di tutti o di alcuni di essi importava una *diminuzione* di *personalità*, la quale viene nelle fonti appellata *capitis minutio* o *deminutio*, e venne definita *status prioris commutatio* (3). Essa fu perciò distinta in tre gradi, *maxima*, *media* o *minor*, *e minima*, secondo l' estensione della perdita:

> Capitis *deminutionis tria* genera sunt: *maxima*, *media*, *minima*: tria enim sunt quae habemus, *libertatem*, *civitatem*, *familiam*. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est *libertatem* et *civitatem* et *familiam*, *maximam* esse capitis deminutionem: cum vero amittimus *civitatem*, *libertatem* retinemus, *mediam* esse capitis deminutionem; cum et *libertas* et *civitas* retinetur, *familia* tantum mutatur, *minimam* esse capitis deminutionem

(1) Ved. la Storia del Diritto, lib. 1. cap. 5.
(2) Ivi, cap. 13. § 3.
(3) Ved. pag. 79.

constat (L. 11. D. lib. 4. tit. 5. de cap. min. GAIO, com. lib. 1. § 162) (1).

SEZIONE 1.

Della LIBERTAS *o dello* STATUS LIBERTATIS *in ispecie.*

§ 1.

Generalità

La *libertas*, come vedemmo (2), appartiene essenzialmente a tutti gli uomini, poichè secondo il concetto dei giureconsulti, è la formola ideale, destinata ad esprimere tutti i poteri umani, o i diritti *soggettivi*, di cui l'uomo ha bisogno per raggiungere la sua suprema destinazione. Essa perciò giustamente è stata chiamata dai moderni, *capacità naturale*; ed i giureconsulti in questo senso dissero che gli uomini *nascessero liberi*, cioè fossero tali per *Diritto naturale* (*jure naturali*) (3).

Così considerata e rigorosamente parlando, la *libertas* non dovrebbe far parte dell' *esistenza di Diritto*, ma invece dell' *esistenza di fatto*, essendo il risultato della natura *corporea* e *spirituale* dell' *homo*. Divenne non di meno tale, perchè il *Diritto delle genti* ed il *Diritto Civile* non ammisero altra libertà che quella che da essi era riconosciuta e garentita (4). La libertà adunque, la quale formava la materia di ciò che fu chiamato *status libertatis*, è la libertà *civile*, e non la *naturale*. In questo senso, la libertà fu giustamente

(1) MAKELDEY § 145. e le note allo stesso; di SAVIGNY, § 68. ed App. allo stesso; PUCHTA § 220; WALTER, Stor. del Dir. Rom. § 434.

(2) Ved. i PRIMI, lib. 1. cap. IV, § 2.

(3) Ved. il testo a pag. 47.

(4) Ved. OTTONE, Com. Inst. lib. 1. tit. pr. WALTER, § 435. e nota allo stesso; PUCHTA, § 214; i nostri *Primi*, lib. 1. cap. IV. § 2. e la Storia, lib. 1. cap. V. § 2.

da alcuni interpreti ritenuta come parte della *cittadinanza*, sino al punto di opinare che comprendesse essenzialmente la *cittadinanza* (1) ; il che vedremo non esser vero per Diritto *Romano* , quantunque sia vero per Diritto *razionale*.

Anzi la stessa *libertà civile* forma parte essenziale della natura umana, una volta che l'uomo non può vivere nè fuori della società, nè senza un ragionevole reggimento, siccome dimostrammo altrove (2). Ed è in questo senso che ARISTOTILE disse esser l'uomo *un animale politico* (3).

Tuttavia, secondo il Diritto dei popoli dell'antichità, e secondo un sistema legittimato dall' autorità dei filosofi e delle Religioni, ad alcuni uomini non si accordava la *libertas* (4). La condizione di coloro che ne erano privi appellavasi *servitus*.

La *servitus* perciò fu considerata di Diritto delle genti (*jure gentium*). Se non che il Diritto delle genti da cui si faceva derivare la *servitus*, non era già quello che si fondava nella *recta ratio*, ma sivvero quello che risultava dagli usi generali delle nazioni (*quo gentes utuntur*) (5). In questo senso il giureconsulto FLORENTINO disse essere stata la *servitus* introdotta dal *jus gentium contra naturam*.

> Servitus est constitutio *juris gentium*, qua quis dominio alieno *contra naturam* subjicitur (L. 4. § 1. D. lib. 1. tit. 5. de st. hom. Inst. § 2. lib. 1. tit. 3. de jur. pers.)

Nello stesso senso TRIFONINO diceva , la *libertas* derivare dal *jus naturale*, e la *dominatio* dal *jus gentium*.

> .....Ut *libertas* naturale jure continetur..... *dominatio*

(1) Ved. SIGONIO, de antiquo jur. civ. rom. lib. 1. cap. 6. e le note.
(2) Ved. i PRIMI, lib. 1. cap. 8.
(3) Ved. Arist. Politica, lib. 1. cap. 1.
(4) Ved. ARISTOTILE , Politica lib. 1. cap. 2.
(5) Ved. i PRIMI , lib. 1. cap. IX. § 2.

ex *gentium jure* introducta est (L. 64. D. lib. 12. tit. 6. de cond. indeb.).

Quando all' autorità del *jus gentium* si aggiunse quella del *civile,* si venne proclamando la massima che i *servi* fossero privi di capacità *naturale* per *Diritto civile,* e non per *Diritto naturale,* poichè rispetto a questo tutti gli uomini fossero eguali.

Quod attinet ad *jus civile, servi* pro nullis habentur: non tamen et *jure naturali* ; quod ad *jus naturale* attinet, omnes homines aequales sunt (L. 32. D. lib. 58. tit. 17. de reg. jur.).

Così dunque la *servitus* rimase un' istituzione del *jus civile* puro.

§ 2.

Modi onde si stabiliva la SERVITUS *o la restrizione dello* STATUS LIBERTATIS (1).

La servitù poteva derivare o dalla *nascita* o da un *fatto giuridico*:

Servi aut *nascuntur* aut *fiunt* (Inst. lib. 1. tit. 3. § 4. de ingen.).

a) *Nascita* — Coloro che nascevano da un matrimonio , nascevano sempre *liberi*; perchè non potendo il matrimonio aver luogo se non tra persone *libere,* i figli non potevano mai nascere *schiavi,* dovendo seguire la condizione dei genitori:

Ingenuus est is qui . . . ex duobus ingenuis *matrimonio,* editus est (Inst. lib. 1. tit. IV. pr.) (2).

Dunque solo coloro che nascevano fuori del matrimonio potevano nascere *liberi* o *schiavi.* E poichè i figli che si trovano in questa condizione non possono indicare con

(1) Ved. di SAVIGNY, § 63.

(2) Ved. altri testi a pag. 119 e seg.

certezza chi sia il loro *padre*, il loro stato di libertà veniva regolato dalla condizione della *madre*, la quale è sempre certa, tranne se una legge speciale non avesse altrimenti stabilito:

Lex naturae haec est, ut qui nascitur *sine legitimo matrimonio, matrem* sequatur, nisi lex specialis aliud inducit (L. 24. D. lib. 1. tit. 5 de st. hom.).

In conseguenza il figlio nasceva *libero* se la madre fosse stata *libera*; altrimenti nasceva *schiavo*:

Ingenui sunt qui ex *matre* libera nati sunt. (L. 5. § 2. D. lib. 1. tit. 5. ivi.)

Per regola generale la madre doveva esser libera al tempo del *parto*, poichè, come si è detto, colla *nascita* comincia l' *esistenza di fatto* (1), su cui si fonda quella di *Diritto*. Tuttavia essendo per eccezione i *conceputi* considerati come *nati*, quando si tratta del loro vantaggio (2), il figlio nasceva sempre *libero*, sia che la madre l' avesse conceputo essendo *libera* e poi fosse divenuta *schiava*, e sia che fosse stata anche un sol momento *libera* tra il concepimento e la nascita del figlio:

Sufficit liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta, pariat, placuit eum qui nascitur, liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in utero est. Ex his, illud quaesitum est, si ancilla praegnans manomissa sit, deinde ancilla facta, postea pepererit, liberum an servum pariat? Et MARCIANUS probat liberum nasci. Sufficit enim ei qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse ut liber nascatur: quod et verum est. (Inst. lib. 1. tit. 4. pr. L. 5. §. 2. e 3. D. lib. 1. tit. 5. De statu hom. e PAULUS Sent. lib. 2. tit. 24. § 1 a 3).

(1) Ved. pag. 47.
(2) Ved. pag. 48. e seg.

§ 3.

Continuazione.

b) *Fatti giuridici*—I *fatti giuridici* pei quali si poteva divenire *schiavo*, si fondavano o nel *Diritto internazionale* (*jus gentium* in senso stretto) o nel *jus civile* dei Romani:

Fiunt (servi) aut *jure gentium*, aut *jure civili* (Instit. lib. 1. tit. 3. § 4).

1) Per *Diritto internazionale* divenivano servi coloro che erano fatti prigionieri di guerra (*captivi*).

Fiunt (servi) *jure gentium.... ex captivitate* (ivi).

Codesto modo di cadere in servitù sembra essere stato dai giureconsulti considerato come causa primitiva della stessa, fondandosi sull' etimologia delle due voci con le quali si appellavano gli schiavi, cioè *servi et mancipia*, da *servare* e *manucapere*, cioè uomini presi con la forza (*manu-capti*) e servati in vita:

Servi autem ex eo appellati, quod imperatores captivos vendere. ac per hoc *servare*, nec occidere solent. *Mancipia* vero dicta, quod ab hostibus *manu* capiantur. (L. 4. §§. 2. 3. D. lib. 1, tit. 5 de st. hom. Instit. lib. 1. tit. 3. §. 2. — Teofilo, Paraf. su questo luogo delle Istit.)

Anche parecchi scrittori ammettevano questo sistema (1). Ma altri lo attaccarono come puerile (2).

Or facendo astrazione dall' importanza di questo fatto, egli è certo che per produrre la *servitus* occorrevano due condizioni: in prima la guerra doveva es-

(1) S. Agostino, de Civ. Dei. lib. 9. cap. 15.

(2) Salmasio, de usur.—Ottone, note alle Istit. lib. 1. tit. 3. §. 3.

sere tra due Nazioni. Le guerre tra i cittadini della stessa Nazione, dette guerre *civili* (*bella civilia*), non portavano alla *schiavitù*.

In civilibus dissentionibus, quamvis saepe per eas *Respublica* laedatur, non tamen in exitium *Reipublicae* contenditur: qui in alterutras partes discedunt, *vice hostium* non sunt eorum inter quos *jura captivitatium* aut postliminiorum fuerunt: et ideo *captos* et venundatos, posteaque manumissos, placuit supervacuo repetere a Principe *ingenuitatem*, quam nulla *captivitate* amiserant. (L. 21. §. 1. D. lib. 49. tit. 15 de captiv.)

In secondo luogo è necessario che la guerra sia fatta colle forme richieste dal Diritto internazionale. Ora una delle principali condizioni onde la guerra fosse legittima era la denunzia (*denuntiatio*):

Belli quidem aequitas sanctissime feciali populi Romani jure perscripta est: ex quo intelligi datur, nullum bellum esse *justum* nisi quod aut rebus repetitis geratur, aut *denuntiatum* ante sit et *indictum* (1).

In mancanza della denunzia, i popoli coi quali avea luogo la guerra non si consideravano come *hostes*, ma come *latrones, praedones*.

***Hostes* sunt qui nobis aut quibus nos publice bellum *decernimus*: caeteri *latrones* aut *praedones* sunt. (L. 118. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sig.)**

In conseguenza la guerra con costoro non produceva la schiavitù dei prigionieri.

***Hostes* sunt quibus bellum publice populus Romanus *decrevit*, vel ipsi populo Romano: caeteri *latrunculi* vel *praedones* appellantur. Et ideo, qui a latronibus captus est, *servus* latronum non est, nec postliminium illi necessarium est. Ab hostibus autem captus, puta a**

(1) Cic. de off. lib. 1. cap. 11.

Germanis et Parthis, et servus est hostium, et postliminio *statum* pristinum recuperat (L. 24. D. lib. 49. tit. 15, de captiv.)

Coloro dunque i quali erano ritenuti dai *latrones* o *praedones*, non cessavano di essere considerati come *liberi*:

A *piratis* aut *latronibus* capti, *liberi* permanent (L. 19. §. 2. ivi.) (1)

2) Quanto ai *fatti giuridici* fondati sul *jus civile*, le cause onde s'incorreva nella *servitus* andarono variando da un tempo all' altro.

Un tempo diveniva servo chi non rivelava il nome al censimento (2): chi sottraevasi alla coscrizione (3): chi fosse stato colto nell'atto di rubare (*fur manifestus*) (4): e secondo alcuni anche il debitore che veniva aggiudicato al creditore (5).

Ai tempi della Repubblica, colui che *vendeva* la libertà (6).

Sotto l'imperatore Claudio, per virtù di un senatoconsulto che porta il suo nome (*ex senatusconsulto Claudiano*), la donna libera che si prostituiva all'altrui schiavo contro la volontà del padrone (7): e per disposizione di Caracalla secondo alcuni (8), coloro che erano condannati ad una pena capitale (9).

Ma le prime quattro cause sembrano essere state abolite

(1) Ved. Grotius, de jure belli et pacis, lib. 3. cap. 3. §. 2. n. 9.

(2) Dionigi d'Alicarnasso, lib. 4, num. 15—T. Livio, lib. 1. num. 4.

(3) Cicerone, pro Caecina, cap. 34.—Valerio Massimo, lib. 6. cap. 5. §. 4.

(4) Gajus, comm. 3. num. 189. — Teofilo, lib. 4. num. 12.

(5) Ved. appr. pag. 70.

(6) Ved. Makeldey. §. 133.

(7) Gajo, comm. 1. num. 84—91—160. — Ulp. XI. 6 — Paolo, S. R. 11. 21. — Tacito, Annali XII, 53.

(8) Ved. Di Savigny.

(9) L. 17. D. lib. 48. tit. 13. (de poenis.)

dall' uso: la quinta fu abolita da Costantino (1), la sesta da Giustiniano (2).

Rimase dunque soltanto la vendita fatta della propria persona fingendosi schiavo, col fine di appropriarsi del prezzo, della quale perciò si trova soltanto fatto menzione nelle Istituzioni di Giustiniano :

Fiunt (servi) ex *jure civili*, quum *liber* homo, major vinginti annis, ad pretium partecipandum sese venundari passus est. (Inst. lib. 1. tit. 3. § 4. L. 5. § 1. lib. 1. tit. 5. de st. hom.)

Per regola generale i Romani ritenevano essere la libertà incapace di valutazione, e però fuori commercio:

Ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt; *libertas* autem pecunia lui non potest; nec reparari potest. (L. 9. § 2. D. lib. 40. tit. 7. de statu lib.)

Ma ad impedire le frodi che si commettevano da taluni che si lasciavano vendere come schiavi per appropriarsi del prezzo mediante un finto padrone, colla certezza di potere indi reclamare la libertà, fu necessità di fare in questi casi eccezione alla regola generale, e di aver per valida la vendita, in pena della frode commessa e del disprezzo della cosa più cara della vita. Però non si dava luogo alla perdita della libertà, se non quando colui che si lasciava vendere fosse stato *maggiore di anni venti*, ed il compratore avesse avuto *scienza* della libertà di lui :

Liberis etiam hominibus, maxime si *majores viginti annis* venum se dari passi sunt, vel in servitutem quaqua ratione deduci, nihil obest quominus possint in libertatem proclamare , nisi forte se venundari passi sint ut *partecipaverint pretium* (L. 7. D. lib. 40. tit. 12. de lib. causa.)

Si quis *sciens liberum* emerit, non denegatur vendito

(1) L. 3. lib. 4. tit. 11. Cod. Teod. e 1. lib. 7. tit. 24. Cod. Giust.
(2) Novella 22. cap. 8.

in libertatem proclamatio, adversus eum qui eum comparavit, cujusque sit aetatis qui emptus est (ivi §. 2.).

§ 4.

Modificazione della libertà.

Avveniva talora che invece di *perdere* la *libertà* in tutto, si veniva perdendo soltanto sotto alcuni rapporti, o in altri termini si veniva *modificando* (1). Se non che anche per questa parte non troviamo nel medesimo tempo ammesse le stesse cagioni.

Un tempo la libertà si modificava nei seguenti casi:

a) Pel *nexus* e per l' *addictio*. Noi abbiamo veduto altrove come un creditore avesse diritto di rinchiudere in una carcere privata il debitore che non adempiva alle sue obbligazioni, costringendolo a lavorare, e somministrandogli alcune libbre di farro al giorno. Questo diritto si poteva esercitare in due casi: o quando il debitore vi si fosse volontariamente assoggettato all' epoca in cui aveva contratto l' obbligazione, o quando il magistrato colla sentenza di condanna ve lo sottometteva. Nel primo caso avveniva per *nexus*, nel secondo per *addictio* (2).

b) Per l'*auctoratio*. Gli uomini liberi solevano combattere colle fiere nei pubblici spettacoli, talora per conto proprio, e talora per conto altrui. In questo secondo caso si obbligavano mediante un contratto, il quale non era che una *locazione di opera*.

Si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint pro sudore denarii XX. mihi darentur... quaeritur utrum *emptio* et *venditio*, an *locatio* et *con-*

(1) Ved. Puchta, § 214.

(2) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 1. § 5.

ductio contrahatur. Et magis placuit .... *locationem* et *conductionem* contractam videri (Gajo com. 3. § 146).

Tuttavia prendeva il nome speciale di *auctoratio*. Perciò gli obbligati si appellavano *auctorati*.

Interdum etiam liberorum hominum furtum fit; veluti si quis.... *auctoratus* meus subreptus fuerit. (Gajo ivi. §. 199.)

Il prezzo che ricevevano, dicevasi *auctoramentum*, ed i conduttori dell' opera, che corrispondono agl' impresarii dei nostri giorni, *lanistae* (1).

Tanto nell'uno quanto nell'altro caso il debitore perdeva la *libertà* per tutto il tempo che o restava carcerato, o dipendeva da colui a cui avea *locata* la sua opera. Ma il *nexus* e l' *addictio* furono aboliti per parecchie leggi, la più importante delle quali è la legge *Petelia* (2); e l' *auctoratio* da Costantino (3).

c) Pel *mancipium*. Come vedremo in appresso, il *pater familias* poteva *alienare* o dare in *pegno* i *filiifamilias*, ed il marito la moglie. Fino a quando gli uni o l' altra non si sottraevano alla dipendenza del compratore o del creditore, stavano in luogo di *servi*.

Qui in causa *mancipii* sunt, *servorum loco* habentur. (Gajo, Comm. 1. §. 138.) (4)

Anche il *mancipium* venne abrogato coll'abrogazione del diritto di alienare e dare in pegno i figli, e con quella della potestà maritale secondo l'antica forma (*manus*) (5).

d) Per la *redemptio ab hostibus*. Il prigioniero di guerra stava, come si è veduto, in luogo di *schiavo* presso il nemico. Se egli veniva riscattato col danaro di un ter-

(1) Ved. Brissonio, de Form. lib. 8. cap. 50.
(2) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 13. § 4.
(3) L. un. Cod. lib. 11. tit. 43 (de glad. toll.)
(4) Ved. Di Savigny, §. 55.
(5) Ved. ciò che diremo nello *Status familiae*.

zo, costui aveva il diritto di ritenerlo presso di sè fino alla restituzione del prezzo, obbligato a prestare l'opera sua come se fosse tuttavia *schiavo*.

Ab hostibus *redempti*, quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in *servilem* conditionem esse detrusi videntur: et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinae conditioni eos reddi manifestum est. Proinde si ab hostibus redemptam, post dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum, habere in matrimonio coepisti: nil est quod de *statu* ejus seu liberorum communium debes pertimescere. (L. 2. Cod. lib. 8. tit. 51 de postlim. rever. Ved. pure LL. 15. 19. §. 9. 20. §. 2 e 21. D. lib. 49. tit. 15. de capt. et redempt. ab host.)

Ma l' imperatore ONORIO restrinse il tempo a cinque anni (1).

Nel nuovo diritto se ne trovano solamente due casi, e sono il *patronatus* ed il *colonatus*.

1) Quando lo *schiavo* riacquistava la libertà per mezzo della *manomissione*, della quale fra poco discorreremo, restava tuttavia obbligato a prestare all'antico padrone talune *opere*. Questo rapporto tra l' antico *schiavo* e l'antico *padrone* costituiva il *patronatus*, il quale teneva il primo dipendente dal secondo, ed era sotto questo rapporto che la sua libertà non era piena (2).

2) Il più importante, tanto fra gli *antichi*, quanto fra i *nuovi modi*, onde la libertà si modificava, era il *colonatus* (3).

Del *colonato* si trovano tracce nel tempo anteriore a

(1) L. 20. Cod. lib. 8. tit. 51. (de postl. rev.).

(2) Ved. il § 6.

(3) Ved. CONNANO, Comm. lib. 2. tit. 10.—Di SAVIGNY, Opuscoli — (Dissertazione sul *colonato*, trad. di A. TURCHIARULO). —BURCARDI, § 127—PUCHTA l. c.

COSTANTINO; ma pare che non fu se non sotto codesto imperatore che si venne organizzando come un istituto giuridico particolare; il che spiega come non se ne trovi fatta menzione nelle Istituzioni di GAJO. Esso ebbe una grande importanza pratica, perchè avea relazione da una parte colla *capacità* delle persone, dall'altra col *sistema economico, agrario* e *finanziero* del tempo.

Sotto il punto di vista della *capacità* delle persone, il *colonato* consisteva nella destinazione degli uomini che vi erano sottoposti, a *coltivare* una terra la cui proprietà si apparteneva ad un altro, che poteva essere ugualmente una persona *fisica* ed una persona *giuridica*; i primi perciò si chiamavano *coloni* (*a colendo*); i secondi *patroni*.

I rapporti fra i *coloni* ed i *patroni* non erano di *schiavitù* a *patronanza*, poichè i *coloni* erano persone *libere* ed avevano la *capacità naturale*. Ciò risulta dalle sorgenti, dove si fa di continuo paragone tra i *coloni* ed i *servi*, ponendo in antitesi gli uni cogli altri (1).

Perciò, come vedremo in appresso, potevano contrarre un valido matrimonio (2); potevano acquistare un peculio di loro pertinenza ed uso (3).

Sotto il punto di vista *economico* o *agrario*, al contrario, essi erano considerati come altrettanti istrumenti necessarii alla coltivazione dei fondi, ed erano perciò immobilizzati ed inchiodati alla terra alla quale erano destinati, in guisa che non potevano essere separati dalla stessa neppure dal proprietario. Egli di fatti non poteva disporre nè dei coloni separatamente dal fondo, nè del fondo separatamente dai coloni:

Si quis praedium vendere voluerit vel donare, re-

(1) Ved. la L. 21. Cod. lib. 11. tit. 47. (de agr. et cens.)
(2) Ved. L. 24. (ivi).
(3) Ved. L. 2. ivi. tit. 49. (in quib. caus. coloni ec.).

tinere sibi transferendos ad alia loca colonos privata pactione non possit. Qui enim colonos utiles credunt, aut cum praediis eos tenere debent, aut profuturos aliis derelinquere, si praedium sibi prodesse desperant. (L. 2. Cod. lib. 11. tit. 47 de agr. et cens.)

Questa proibizione venne talvolta violata, aggiungendo all' alienazione di tutti i *coloni* di un medesimo fondo l'alienazione di una piccola parte dello stesso ; ma vi si provvide a tempo dichiarando valida l' alienazione dei *coloni* soltanto per la parte corrispondente al fondo (1).

Ma se il proprietario del fondo non poteva alienarlo senza i *coloni*, e viceversa; non era lecito neanche ai *coloni* di abbandonare il fondo, e dove lo avessero fatto vi erano ricondotti colla forza (2) ; ed erano anche puniti, qualora lo avessero fatto di mala fede (3). Contro i terzi possessori di essi competeva l'azione di rivendicazione (4).

Di qui i coloni ricevettero il nome di *servi terrae* (5), *addicti glebae* (6); ed ebbero origine le locuzioni *inhaerere glebis* (7), *inhaerere terrae* (8), *inserire terrae* (9).

In questa condizione però la loro personalità era rispettata, ed i padroni che li avessero trattati duramente, erano soggetti ad una pena ad arbitrio del magistrato del luogo (10).

Finalmente sotto il punto di vista *economico* e *finanziero*, i coloni erano tenuti come *plebei* al pagamento

(1) L. 7. Cod. lib 11. tit. 47 (de agr. et cens.)
(2) L. 6. (ivi).
(3) L. 1. Cod. Theod. lib. 9. tit. 5.
(4) L. 23. §. 2. Cod. lib. 11. tit. 47. (de agr. et cens.)
(5) Leg. un. Cod. lib. 11. tit. 51. (de col. Trhacen).
(6) L. un. Cod. lib. 11. tit. 51. (de colon. thracensib.)
(7) L. 15. Cod. lib. 11. tit. 47 (de agr. et cens.)
(8) L. 23. ivi.
(9) L. un. Cod. lib. 11. tit. 52 (de colon. Illir.)
(10) L. 23. §. 1. Cod. lib. 11. tit. 47. (de agr. et cens.)

di un tributo che veniva chiamato *capitatio*, che corrisponde al nostro *testatico* (1). Essi perciò erano chiamati *adscriptitii* e *censiti* (2).

Intorno all'origine del *colonato*, le opinioni non sono uniformi (3); ma dopo che codesto istituto giuridico si fu stabilito, si poteva divenire *colono* per *nascita* (4), per *contratto* (5) e per *prescrizione* (6).

§ 5.

Modi onde poteva cessare la servitù.

La *servitù* non era una qualità dell' uomo così strettamente unita allo stesso, che egli non se ne potesse in alcun tempo e modo liberare. Lo stesso *jus gentium* che legittimava la *servitù*, riconosceva alcuni modi per mezzo dei quali la servitù poteva cessare: altri ve ne aggiunse il *jus civile*.

1) Modi ammessi *dal Diritto delle genti* (jure gentium)

a) Postliminium. Uno dei modi ammessi dal *jus gentium* concerneva specialmente coloro che divenivano *schiavi* come *prigionieri di guerra* (captivi). Esso si verificava quando il prigioniero si fosse sottratto all' impero del nemico, e fosse pervenuto ad oltrepassare i confini che dividevano il territorio nemico dal territorio nazionale. Questo modo fu chiamato *postliminium* dalle due voci *post* (dopo) e *limen* (confine).

Dictum est *postliminium* a *limine* et *post*, ut eum qui

(1) L. 10. (ivi).
(2) Ved. le precedenti leggi.
(3) Ved. la dissertazione del Di Savigny — Troya, Storia del *Medio Evo*.
(4) LL. 16. e 21. Cod. lib. 11. 47. (de agr. et cens.)
(5) L. 22. (ivi).
(6) LL. 19 e 23. (ivi).

ab hostibus captus est, et in fines nostros postea pervenit, *postliminio* reversum recte dicimus.

Nam *limina* sicut in domo quemdam finem faciunt, sic et imperii finem *limen* esse veteres voluerunt: hinc et *limen* dictum est, quasi finis quidam et terminus; ab eo *postliminium* dictum, quia ad idem limen revertebatur quod amiserat. Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, *postliminio* rediisse existimatur. (Instit. lib. 1. tit. 12. § 5. quib. mod. jus patr. pot.)

Al fatto di essere rientrato nel territorio *nazionale* doveva andare unita anche l' *intenzione* di far ritorno (l' *animus revertendi*). Laonde sia che rientrando nel territorio nazionale si fosse obbligato di far ritorno al nemico, o che vi fosse rientrato coll'intenzione di non rimanervi, non vi sarebbe stato *postliminium*, come avvenne ad ATTILIO REGOLO:

Captivus, si a nobis manumissus fuerit, et pervenerit ad suos, ita demum postliminio reversus intelligitur, si malit eos sequi, quam in nostra civitate manere: et ideo in ATTILIO REGULO, quem Carthaginenses Romam miserunt, responsum est, non esse eum postliminio reversum: quia juraverat Carthaginem reversurum, et non habuerat animum Romae remanendi (L. 3. §. 3. D. lib. 49. tit. 15. de capt.)

Al territorio *nazionale* venne uguagliato il territorio dei *popoli amici*; perciò chi si fosse rifugiato sul territorio di un *popolo amico*, era assimilato a colui che fosse pervenuto sul territorio *nazionale*.

Tunc reversus intelligitur, si aut ad *amicos nostros* perveniat, aut intra *praesidia nostra* esse coepit (Ivi, § 1).

Il beneficio del *jus postliminii* si estendeva ancora al *bottino*; laonde quando le cose *rapite* dal nemico si ricuperavano in qualsivoglia maniera, rientravano nel *dominio* degli antichi proprietarii. Si faceva eccezione

solamente per le *armi*, che si consideravano perdute per *viltà:*

Navibus longis atque onerariis propter belli usum postliminium est: non piscatoriis, aut si quas actuarias voluptatis causa paraverunt. *Equus* item, aut *equa* freni patiens, recipitur postliminio: nam *sine culpa* equitis proripere se potuerunt. *Non idem* in *armis* juris est: quippe nec *sine flagitio* amittantur: *arma* enim postliminio *reverti negatur*, quod *turpiter* amittantur (L. 2. D. ivi).

Per virtù del *postliminio* tanto le *persone* quanto le *cose* si consideravano come se fossero state sempre nella condizione *giuridica* nella quale erano prima di pervenire al nemico:

Postliminium *fingit* eum qui captus est, *semper* in *civitate* fuisse. (Inst. lib. 1. tit. 12. § 5. quib. mod. patr. pot.)

***Retro* creditur in *civitate* fuisse qui ab hostibus advenit. (L. 16. D. lib. 49. tit. 15. de capt.)**

Di questa *finzione* tuttavia non si avea bisogno se non quando si fosse trattato di *guerra* avvenuta nei modi stabiliti dal *Diritto internazionale (jure gentium)* e tra popoli *liberi:* altrimenti si andava soggetto alle regole del Diritto comune.

Postliminium est jus amissae rei recipiendae ab extraneo et in *statum pristinum* restituendae, inter nos ac *liberos populos regesque*, *moribus* et *legibus* constitutum. Nam quod bello amisimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere (1). Idque *naturali aequitate* introductum est, ut qui per injuriam ab *extraneis* detinebatur, is, ubi in *fines* suos rediisset, *pristinum jus* suum reciperet (Pr. L. 19. D. lib. 49. tit. 15. de capt.)

Il *jus postliminii* supponeva, come è chiaro, il prigioniero *vivente*. Ma poteva accadere che *morisse* presso il nemico. Or non potendosi estendere a questo caso la *finzione* del *postliminio* perchè mancavano le condizioni

(1) Ved. i *Primi*, lib. 1 cap. IX. § 4.

sulle quali si fondava, e non volendolo lasciare sotto l' impero del Diritto comune in pregiudizio del prigioniero, s' introdusse una nuova *finzione*, la quale è conosciuta sotto il nome di *fictio legis Corneliae* o *ex lege Cornelia*. Per questa seconda *finzione*, il prigioniero si teneva per *morto* in città e nella pienezza de'suoi diritti. Perciò il testamento fatto prima di esser preso dal nemico, produceva i suoi effetti.

Si is qui testamentum fecit, ab hostibus captus sit, testamentum ejus valet: siquidem *reversus* fuerit, *jure postliminii*; si vero ibi *decesserit*, ex *lege Cornelia*, quae perinde successionem ejus confirmat, atque si in *civitate* decessisset. (Ulp. Reg. tit. 23. § 5.)

§ 6.

Continuazione.

b) MANUMISSIO—L'altro modo ammesso dal *Diritto delle genti* era la *manomissione*, la quale però per la forma fu regolata dal *Diritto civile*.

Manumissiones quoque *juris gentium* sunt... Quae res a jure gentium originem sumpsit, utpote cum *jure naturali* omnes *liberi* nascerentur, nec esset nota *manumissio*, cum *servitus* esset incognita. Sed posteaquam *jure gentium servitus invasit*, sequutum est beneficium *manumissionis* (L. 4. D. lib. 1, tit. 1. de just. et jur.)

La *manomissione* avea luogo quando il padrone concedeva *volontariamente* la libertà al suo servo:

Manumissio, de *manu* missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, *manui* et *potestati* suppositus est: *manumissus* liberatur potestate (Detta L. Inst. lib. 1. tit. 5. de libert.)

Anticamente non si conoscevano che *tre* soli modi di manomettere, cioè *vindicta*, *censu* et *testamento:*

Cives Romani sunt *liberti* qui legitime *vindicta*, *censu*, aut *testamento*, nullo jure impediente, *manumissi* sunt. (ULP. tit. 1. § 6.)

> Antea *libertas* erat, et *manumissio* fiebat *vindicta*, vel *testamento*, vel *censu*. (Framm. di CERVIDIO SCEVOLA, § 4. Ved. jurispr. antejust. di E. HUSCHKE.)

La manomissione *vindicta* aveva luogo innanzi ad un Magistrato, sia Pretore, sia Console, sia Proconsole:

> *Vindicta* manumittuntur apud *Magistratum*, veluti Praetorem, Consulem, Proconsulem. (ULP. ivi, § 7.)

Gl'interpetri non sono d'accordo nè intorno al *procedimento*, nè intorno all' *etimologia* della parola *vindicta*, secondo il *Diritto antico*. Alcuni credono che la manomissione si facesse mediante la doppia dichiarazione con parole *solenni*, del padrone di voler dare la libertà allo schiavo, e del Magistrato di averlo per libero; in seguito di che un littore toccava lo schiavo con una verga (*vindicta*), simbolo dell'*autorità*, del magistrato che presedeva alla *manomissione* (1). Altri, che avesse luogo mediante un *finto combattimento* tra lo schiavo per mezzo di un *assertor* ed il padrone, l'uno *rivendicando* la *libertà*, e l'altro facendo adesione alla dimanda (2). Ma nel *Diritto nuovo* bastava una semplice dichiarazione fatta ad uno di suddetti magistrati dovunque si trovasse (3).

Si aveva per manomesso lo schiavo *censu*, quando il padrone al tempo del censimento lo faceva segnare tra i cittadini romani:

> *Censu* manumittebantur olim qui *lustrali censu* Romae *jussu dominorum* inter cives romanos *censum* profitebantur. (ULP. ivi § 8.)

La manomissione *testamento* aveva luogo quando il padrone dichiarava libero lo schiavo nello stesso atto col quale nominava il suo *erede*; il che una volta non si poteva fare che col solo *testamento*, ed è perciò che

(1) OTTONE, Comm. Inst. lib. 1. tit. V. § 2.—VINNIO, ivi—EINN. Antiq. rom. ivi—MAKELDEY, § 133.

(2) PUCHTA, § 213—WALTER § 454.—DE CRESCENZIO, § 16, e nota allo stesso.

(3) Ved. LL. 8. e 23. D. lib. 40. tit. 2. (de manum. vind.)

parlandosi della manomissione secondo l'antico Diritto si fa menzione soltanto del *testamento*:

Ut *testamento* manumissi liberi sint, lex duodecim tabularum facit (Ulp. ivi § 9.)

Ma quando s'introdussero i *fedecommessi* come secondo modo di nominare un erede, la manomissione si potè fare anche per mezzo di un *fedecommesso*.

Libertas quoque servo per *fideicommissum* dari potest, ut vel heres rogetur *manumittere*, vel legatarius. (Gajo, Com. 2. § 263.—Ulp. Reg. tit. 25. § 18—Inst. lib. 2, tit. 14. D. lib. 40, tit. 5. de fideicom. libert.)

Libertates *directae*, et *testamento*, et *codicillis* testamento confirmatis recte dantur; *fideicommissae* et ab intestato, et codicillis non confirmatis relinqui possunt. (L. 43. D. lib. 40, tit. 4. de manum. testam.)

I *servi* così manomessi vennero chiamati *orcini* (1).

La manomissione *censu* venne a cessare con questo istituto; ma ai due modi rimasti se ne aggiunsero altri, alcuni dei quali consistevano pure in *certi atti*, ma di una natura *semplice*; ed altri in certi *fatti*, i quali importavano *presunzione*, che il padrone, il quale ne era l'autore, intendesse di manomettere il servo che era il soggetto di quel *fatto*.

Della prima specie erano:

a) La manomissione per *epistolam*, la quale si verificava, quando il padrone in una *scrittura privata* o *pubblica* in forma di lettera, e sottoscritta da cinque testimoni, concedeva la libertà al suo servo:

Sancimus, si quis per *epistolam* servum suum in libertatem perducere maluerit, licere ei hoc facere *quinque testibus* adhibitis, qui post ejus literas, sive in subscriptione positas, sive per totum textum effusas, suas literas supponentes, fidem perpetuam possint chartulae praebere. Et si hoc fecerit, sive per se scribendo, sive per tabularium, libertas servo competat, quasi ex imitatione co-

(1) Ved. Inst. lib. II. tit. 24. § 2.

dicilli delata (L. un. § 1. Cod. lib. 7. tit. 6. de lat. lib. toll.)

b) La manomissione *inter amicos*, la quale accadeva quando il *padrone* dichiarava libero lo *schiavo* alla presenza di *cinque* suoi *amici*.

Sed et si quis inter *amicos* libertatem dare servo suo maluerit, licebit ei similiter *quinque testibus* adhibitis suam explanare voluntatem: et hoc sive inter acta fuerit testificatus, sive testium voces attestationem sint amplexae, et literas tam publicarum personarum, quam testium habeant. (Detta L. § 2.)

Quanto ai *fatti* che producevano la manomissione, le fonti ne ricordano parecchi. Così se il padrone avesse *maritata* una sua schiava ad un uomo libero, dandole anche una dote, si reputava averla manomessa:

Si quis homini libero suam ancillam in matrimonium collocaverit, et dotem pro ea conscripserit... ancilla non latina, sed civis efficiatur romana. (Detta L. § 9.)

Se il padrone in un *atto* la cui sincerità non si ponesse in dubbio, avesse chiamato un dei suoi servi col nome di *figliuolo*, e questo *atto* si trovasse presso il *servo*, e si avesse la certezza di essergli stato dal padrone consegnato, si reputava manomesso:

Similique modo, si dominus inter acta quemdam servum *filium* suum nominaverit, voci ejus quantum ad liberam conditionem credendum est (Detta L. § 10.)

Di altri casi fanno menzione gli autori. Così se uno schiavo fosse ammesso alla mensa del padrone (1), o pure ricevesse il permesso dal padrone di servirsi di una di quelle cose di cui non poteva far uso se non l'uomo libero e cittadino romano, come la *toga pretesta*, *l'anello* ecc. si presumeva di avergli conceduta la libertà (2).

Tra i modi antichi ed i modi nuovi vi era una gran-

(1) Plinio, epist. VII, 16.
(2) Sveton., de clar. Rhet. cap. 1.

de differenza quanto al valore giuridico, come vedremo in appresso. Ed è perciò che i primi sono chiamati *giusti e legitimi*:

> **Manumissio fiebat *vindicta* vel *testamento* vel *censu*... quae appellatur *justa* ac *legitima* manumissio. (CERVIDIO SCEVOLA l. c.).**

Però a tanti *modi semplici* di manomettere, COSTANTINO ne aggiunse uno, il quale avea bisogno della stessa *solennità* a cui andavano soggetti i modi *antichi*. Essa è conosciuta sotto il nome di *manumissio in sacrosanctis Ecclesiis*, e si celebrava mediante una dichiarazione fatta dal padrone alla presenza di sacerdoti cristiani, manifestata con una scrittura firmata dagli stessi in una Chiesa ed alla presenza del pubblico:

> **Iamdudum placuit, ut in Ecclesia Catholica libertatem domini suis famulis praestare possint, si sub aspectu plebis adsistentibus Christianorum Antistitibus id faciant: ut propter facti memoriam vice actorum interponatur qualiscumque scriptura, in qua ipsi vice testium signent: unde a vobis quoque ipsis non immerito dandae et relinquendae sunt libertates, quo quisque vestrum pacto voluerit, dummodo vestrae voluntatis evidens appareat testimonium. (L. 1. Cod. lib. 1. tit. 13, De his qui in Ecc. man.)**

Il *manomesso* appellavasi ora *liberto*, ed ora *libertino*, secondo che si riguardava nel rapporto del *padrone* o dello *Stato*, come vedremo in appresso.

2) Modi ammessi dal *Diritto civile:*

a) Diveniva libero per *Diritto civile:* a) Lo schiavo che era stato in libertà per un tempo discreto, il quale non fu sempre lo stesso ; da prima era rimesso alla prudenza del magistrato (1); dipoi fu stabilito ad anni sedici (2); finalmente a dieci o venti anni (3): *b*) Quegli che era scelto per *cubicularius* dell'imperatore (4): c) Que-

(1) L. 16. § 3. D. lib. 40. tit. 9. (qui et a quib. man.)

(2) L. 3. Cod. Theod. lib. 4. tit. 8. (de lib. causa).

(3) Ivi.

(4) L. 4. Cod. lib. 12. tit. 5. (de praep. sacr. cub.)

gli che professava i voti solenni (1): *d*) Quegli che rivelava allo STATO certi reati indicati dalle leggi (2): *e*) Il *servus poenae*, mediante la sovrana indulgenza (*principis indulgentia*) (3).

§ 7.

Restrizione al diritto di manomettere.

Il favore per la *libertà* avea in questa guisa allargata la forma della *manomissione;* ma l'interesse dei *terzi*, quello degli stessi *padroni*, e più di tutto l'interesse *pubblico*, motivarono delle *restrizioni* alla facoltà di manomettere.

1°) Gli schiavi erano annoverati fra le *cose*, e spesso la *fortuna* di un uomo non si costituiva che di soli *schiavi*. Quando ciò si avverava, avveniva spesso che il proprietario, manomettendoli tutti o in parte, veniva a togliere ai creditori la garenzia che loro offeriva il patrimonio di un debitore che non avesse altro che *schiavi*.

In generale ciò accadeva innocentemente, ma spesso si solea praticare nel fine diretto di *frodare* i creditori (*in fraudem creditorum*). Ad ovviare a questo inconveniente la legge *Elia Senzia* (LEX AELIA SENTIA, 757) stabilì che le manomissioni fatte in *frode* dei creditori fossero state *nulle*:

> ... Qui in fraudem creditorum manumittit, *nihil agit*, quia lex *Aelia Sentia* impedit libertatem. (Inst. lib. 1. tit. 6. pr. GAJO, Com. 1. § 3.)

Perchè le manomissioni intanto fossero reputate fatte in *fraudem creditorum*, doveano insieme verificarsi queste due condizioni: a) bisognava che il manomittente avesse avuto l'*intenzione* di *frodare* i suoi creditori; b) che fosse divenuto per effetto di tal manomissione *insolvibile*, cioè impotente a pagare altrimenti i suoi creditori.

(1) Nov. 5. c. 2. 123. cap. 17 e 35. Ved. GUDALINI de jur. noviss. lib. 6. cap. 9. n. 10. e seg.

(2) Ved. Cod. lib. 7. tit. 13 (pro quibus caus. servi pro praem. lib. accip.)

(3) Ved. D. lib. 48. tit. 23 (de sent. pass. et rest.) e Cod. lib. 9. tit. 42 (de abolit.)

In somma erano necessarii il *consilium fraudis* e l'*eventus damni.*

Certum jus est, non alias directas libertates per legem *Aeliam Sentiam*, quae sunt in fraudem creditorum manumissorum datae, revocari, nisi et *consilium fraudis*, hoc est *animus* manumittentis, et *eventus damni* suum recipere volentium sequatur (L. 1. Cod. lib. 7. tit. 11. qui manum. non possunt.)

Senza il *consilium fraudis* e l'*eventus damni* insieme non vi sarebbe stata una ragione sufficiente ad annullare le manomissioni. Nel primo caso, poichè un proprietario potea di buona fede credersi essere più ricco di quello che realmente era. Così poteva accadere che un uomo avesse degli schiavi in luoghi tanto lontani, da non essere in grado di conoscerne nè il numero, nè la qualità:

In *fraudem* creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, *solvendo non est*, vel datis libertatibus desiturus est *solvendo esse*: *saepe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines:* quod frequenter accidit his qui transmarinas negotiationes, et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent: quod saepe adtriti istis negotiationibus, longo tempore, id ignorant, et manumittendo sine *fraudis consilio* indulgent servis suis libertatem (L. 10. D. lib. 40. tit. 9. qui et a quib. man. ec.)

Nel secondo perchè sarebbe mancato l'interesse per parte dei creditori.

2°) La *capacità* di manomettere che acquistava l'uomo all'età della *pubertà,* faceva che scaltri servi ed astute ancelle, lusingando le passioni del padrone, ne estorquessero la *libertà* con gravissimo pregiudizio. Per riparare a quest'altro inconveniente, la stessa legge Elia Senzia stabilì, che i *puberi* non divenuti ancora maggiori di *venti anni,* non potessero altrimenti manomettere che con le seguenti condizioni: a) che lo avessero fatto *vindicta,* perchè la solennità di questa maniera di ma-

nomettere era la più efficace garentia per evitare la seduzione; b) che la manomissione fosse motivata da una legittima causa.

Eadem lege *Aelia Sentia* domino minori *viginti annis* non aliter manumittere permittitur, quam si *vindicta* apud Consilium, juxta causa manumissionis approbata, fuerint manumissi (Inst. §. 4. lib. 1. tit. 6. ivi).

Le cause legittime erano rimesse alla prudenza dei magistrati. Ma alcuni fatti erano stati generalmente ammessi come cagioni legittime di manomettere:

Justae autem manumissionis causae hae sunt: veluti si quis patrem aut matrem, filium filiamve, fratres sororesve naturales, aut paedagogum, aut nutricem, educatoremve aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat: aut servum, procuratoris habendi gratia: aut ancillam matrimonii habendi causa, dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa causa impediat: et servus qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem et septem annis manumittatur. (Inst. § 5, lib. 1. tit. 6, ivi—Gajo, Com. 1 § 19 e 39)

3.°) Il fasto che soleano spiegare i ricchi nei loro funerali, avea introdotto il costume di manomettere col testamento una gran quantità di *schiavi* di ogni maniera, per far codazzo al convoglio. Indi questa turba infestava la città e metteva in pericolo la sicurezza pubblica. La legge Furia o Fusia Caninia (706-751) vi avea provveduto collo stabilire il numero degli schiavi che si potea manomettere in questa occasione, avuto riguardo a quello che se ne avea. A questo proposito dice Gajo, che di *tre*, se ne poteano manomettere *due*; da *tre* a *dieci*, la *metà*; da *dieci* a *trenta*, la *terza* parte; da *trenta* a *cento*, la *quarta* parte; da *cinquecento* in poi, non più di *cento*.

Praeterea lege Furia Caninia certus modus consti-

tutus est in servis testamento manumittendis. De III non plures quam duos; ei autem, qui plures quam tres, neque plures quam *decem* servos habebit, usque ad partem *dimidiam* ejus numeri manumittere permittitur; ei vero, qui plures quam X, neque plures quam XXX servos habebit, usque ad tertiam partem ejus numeri manumittere permittitur. At ei, qui plures quam XXX, neque plures quam *centum* habebit, usque ad partem quartam ejus numeri manumittere permittitur. Novissime ei, qui plures quam C habebit, neque plures quam D, nil amplius permittitur, quam ut quintam partem, neque plures manumittat............; sed praescribit lex ne cuiquam plures manumittere liceat quam C. Exempli gratia, si quis unum servum omnino aut duos, ad eum lex Furia Caninia non pertinet, is ideo liberam habet potestatem manumittendi (Gajo, Com. 1. §. 42. 43 ivi).

E qualora se ne fosse manomesso un numero maggiore, avea pure stabilito che il numero sarebbe stato ridotto, dando la libertà ai primi nominati.

Per frodare la legge s' incominciò a scrivere i nomi degli schiavi in forma circolare, poichè in tal guisa non potendone determinare nè il principio nè la fine, nel dubbio bisognava dare a tutti la libertà. Questa frode venne corretta da alcuni senatoconsulti col dichiarare nulla la manomissione fatta in questa guisa.

Nam et si testamento scriptis in *orbem* servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt; quia lex Furia Caninia, quae in fraudem ejus facta sint, *rescindit*. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus *rescissa* sunt ea quae in fraudem ejus legis excogitata sunt. (Gajo, Com. 1. § 46)

Le due ultime restrizioni furono abrogate da Giustiniano; la prima colle Istituzioni (1) e colla No-

(1) Lib. 1. tit. 6 (ivi).

vella 119 (1), la seconda con una costituzione (2) ricordata anche nelle Istituzioni (3).

§ 8.

Classificazione degli uomini secondo lo status libertatis.

Sotto questo rapporto gli uomini andavano divisi in *liberi* e *servi :*

> Summa divisio de jure personarum haec est : quod omnes homines aut *liberi* sunt aut *servi* (Gajo, Com. 1 § 9.—Inst. lib. 1 tit. 3 de jure pers.)

Essi trovavansi appellati anche *caput liberum* o. *caput servile.*

> Tutela est vis ac potestas in *capite libero* (L. 1. D. lib. 26 tit 1. de tut.)
>
> .... *Servile caput* nullum jus habet (L. 3 § 1 D. lib. 4 tit. 5 de cap. min.)

I *liberi* si suddividevano in *ingenui* e *libertini*:

> Rursus liberorum hominum alii *ingenui*, alii *libertini* (Gajo, ivi § 10. Inst. ivi, § 5.)

Dicevasi *ingenuo* colui che era nato libero, nè era stato mai schiavo :

> *Ingenuus* est qui statim ut nascitur liber est. (Inst. ivi tit. 4. Gajo, ivi § 11.)

Libertino al contrario , colui che era uscito da una *giusta* servitù.

> *Libertini* qui ex *justa servitute* manumissi sunt. Gajo, ivi. § 11. Inst. ivi, tit. 5) (4).

Una volta però essi potevano divenire *ingenui* , per

(1) Cap. 2.

(2) L. un. Cod. lib. 7 tit. 3. (De leg. Falc. toll.)

(3) Lib. 1. tit. 8. — Ved. su questo argomento Einn. Antiq. Rom. lib. 1. tit. 6.

(4) V. in seguito lo *status civitatis.*

virtù della *natalium restitutio* e del *jus* detto *annulorum aureorum*. Se non che la prima dava la piena ingenuità (*status ingenuitatis* o *regenerationis*), il secondo era una semplice imagine (*imago libertinitatis*):

> ***Aureorum usus annulorum*** beneficio principali tributus, ***libertinitatis*** quoad vivunt ***imaginem***, non ***statum ingenuitatis praestat. Natalibus*** autem antiquis restituti liberti, ***ingenui*** nostro constituuntur beneficio (L. 2. Cod. lib. 6. tit. 8. de jur. aureor. annul.)

Una volta l'una e l'altro si doveano chiedere ed ottenere dall' imperatore.

> ***Natales antiquos et jus ingenuitatis***, non Ordo praestare Decurionum, sed a nobis peti potuit (L. 1. ivi.)

Ma Giustiniano l'accordò per regola a tutti i *manomessi:*

> Sancimus, si quis manumittens servum aut ancillam suam cives denuntiaverit romanos ,... sciat ex hac lege, quia, qui libertatem acceperit, habebit subsequens mox et ***aureorum annulorum et regenerationis jus***, et non jam ex necessitate hoc a Principibus postulabit. (Nov. 78 cap. 1)

Un tempo la differenza fra *ingenui* e *libertini* era di grande importanza per godere certi vantaggi, e specialmente per la possibilità in cui erano gli uni e non gli altri di unire allo *status libertatis* anche lo *status civitatis* (1). Ma questa differenza, come vedremo, fu tolta da Giustiniano, uguagliando gli uni agli altri.

Tuttavia continuò per quanto concerne il *jus patronatus*, di cui abbiamo parlato (2).

Il *jus patronatus* riguardava le *operae*, *l'obsequium* e la *successio*. Le due prime parti del *jus patronatus* aveano relazione col *diritto* della *persona*, il terzo col

(1) Ved. il § 2, e quel che diremo in appresso dello *status civitatis*.
(2) Pag. 92.

diritto dei *beni*. Per *operae* s'intendeva gli atti ai quali il *liberto* era tenuto verso il patrono.

Operae sunt diuturnum officium (L. 1. D. lib. 38. tit. 1. de oper. lib.)

Esse erano *officiales* ed *arteficiales*. Le une erano dovute per legge, le altre doveano essere stipulate (1).

Per *obsequium* s' intendeva l' *onore* e la *venerazione* (2).

I *servi* al contrario erano tutti della stessa condizione, tranne gli uffizii ai quali erano destinati.

In servorum conditione nulla est differentia. (Inst. tit. 3. § 5 ivi.)

I *servi* per regola aveano un *padrone* (3); ma per eccezione poteano non averlo. Tali erano coloro che venivano condannati ad una *pena capitale* (4). Essi perciò si dicevano *servi poenae*. Inoltre i *servi* erano incapaci di avere il *possesso* o *godimento*, non solo dei diritti *civili* e *politici*, ma anche dei *naturali*. Perciò non aveano nè *jus commercii*, nè *jus connubii*, nè *jus suffragii*, nè *jus honorum*.

***Servile caput* nullum jus habet (L. 3. §. 1. D. lib. 4. tit. 5. de cap. min.) (5)**

Si permetteva tuttavia loro di avere un *peculium*; ma questo, qualunque fosse l'origine de' beni di cui si componeva, apparteneva al padrone, nel cui interesse si amministrava:

***Peculium* et ex eo consistit, quod persimonia sua quis paravit, vel officio meruerit a quolibet sibi donari :**

(1) L. 1. Cod. lib. 6. tit. 3. (de op. lib.). Ved. PEREZIO, Cod. h. t.

(2) Ved. L. 6. Cod. lib. 6. tit. 6 (de obseq. patr. praest.). PEREZIO, Cod. h. t.

(3) Ved. il testo a pag. 83.

(4) Ved. pag. 88.

(5) Ved. GUDELINI, Sintag. leg. cap. V. Di SAVIGNY, app. al § 58.

idque velut proprium patrimonium *servum* suum habere quis voluerit. (L. 39. D. lib. 15. tit. 1. de peculio).

Non poteva perciò assumere *obbligazioni.*

In persenam servilem nulla cadit *obligatio* (L. 22. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

Insomma erano assimilati alle *cose.*

Cum ita legatur: *illi hoc amplius fundum illum cum omnibus* REBUS *quae in eodem fundo erunt*, *mancipia* quoque continentur (L. 32. §. 2. D. lib. 31. tit. 1. de leg. 11.)

Questa *finzione* tuttavia non abbracciava tutta la persona del servo (1).

I *servi* di *pena* inoltre si consideravano come *morti*.

Servitus *morti* adsimilatur (L. 59. §. 2. D. lib. 35. tit. 1. de cond. et demonstr.)

La quale finzione fu introdotta dai Giureconsulti per evitare le *leggi caducarie*, per virtù delle quali ai condannati si confiscavano i beni:

***Damnatione* bona publicantur, cum aut *vita* adimitur aut *civitas*, aut *servilis conditio* irrogatur (L. 1. D. lib. 48. tit. 20. de bonis damn.)**

E solo per un principio di equità si soleva concederne una porzione ai figli:

Cum *ratio naturalis*, quasi lex quaedam tacita, liberis parentium hereditatem addiceret..... aequissimum existimatum est, eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem habere liberorum (L. 7. D. ivi).

Come *cosa*, lo schiavo potea divenire oggetto di *proprietà*, ed il padrone perciò potea anticamente esercitare un potere assoluto sulla persona di lui. Potea *ucciderlo*, *alienarlo*, e farne anche un uso peggiore.

In potestate sunt servi dominorum, quae quidem po-

(1) Ved. i *Primi*, lib. 1. cap. IX. § 3.

testas *juris gentium* est: nam apud omnes pereque gentes animadvertere possumus, dominis in servos *vitae necisque potestatem* fuisse, et *quodcumque* per servum *adquiritur*, id *domino adquiritur*. (L. 1. §. 1. D. lib. 1. tit. 6. de his qui sui vel alieni jur. sunt.)

La sola religione interveniva talvolta in favore dei servi, e talune altre volte la pubblica opinione attirava sul padrone la riprovazione, che spesso si convertiva in censura (1).

Ma coll' andar del tempo intervenne anche il Diritto a limitare i poteri del padrone.

Ai tempi di AUGUSTO (2), la *L. Petronia* proibì di adoperare gli schiavi pei combattimenti colle fiere (3).

Servo sine judice ad bestias dato, non solum qui vendidit poena, verum et qui comparavit, tenebitur.

Post legem *Petroniam* et *senatusconsulta* ad eam legem pertinentia, dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere: oblato tamen judici servo, si justa sit domini querela, sic poenae tradetur. (L. 11. §. 1 e 2. D. lib. 48. tit. 8. ad leg. Corn. de sic.)

L' imperatore CLAUDIO accordò la libertà agli schiavi *ammalati*, quando venivano abbandonati dai padroni (4).

ANTONINO PIO minacciò a costoro una pena qualora avessero senza ragione uccisi i loro servi:

Hoc tempore neque civibus romanis, nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet *supra modum* et sine causa in servos *saevire*. (GAJO,

(1) Ved. SENECA, de clem. 1-18; de benef. 3-23.

(2) HAUBOLD, Inst. lineamenta, num. 296—5. Ved. in contr. l'EINN. che la pone sotto CLAUDIO, Ant. Rom. lib. 1. tit. 8. §. 5.

(3) FABRO l'appella *Paetinia* (Semestr. II. 11.) V. in contr. l'EINN. Ant. Rom. lib. 1. tit. 8, n. al § 5.

(4) SVETONIO, Claud. XXX. Ved. EINN. Antiq. lib. 1. tit. 8. §. 5.

Com. 1. §. 53. Ved. pure L. 1. §. 2. D. lib. 1. tit. 6. de his qui sunt sui vel alieni jur.)

Lo stesso imperatore non permise neppure che fossero trattati troppo duramente, o che fossero adoperati per cose *impudiche* o *turpi*:

Si dominus in servos *saevierit* vel ad *impudicitiam turpemque* violationem compellat, quae sint partes Praesidis ex rescripto *Divi Pii* ad Aelium Marcianum Proconsulem Baeticae manifestabitur. Cujus rescripti verba haec sunt: « Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi ; sed dominorum interest ne auxilium contra *saevitiam* vel *famem* vel *intolerabilem injuriam* denegetur his qui juste depraecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt; et si vel durius habitos quam aequum est, vel infami injuria affectos cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur: qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius executurum.» (L. 2. D. lib. 1. tit. 6. de his qui sui vel alieni juris sunt).

L'imperatore Adriano condannò alla *rilegazione* una matrona che avea per lievi motivi trattate duramente le sue ancelle.

Divus *Adrianus* Umbriciam quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas *atrocissime* tractasset. (Ivi).

Costantino finalmente stabilì che dove i servi venissero a morire in seguito di meritato *castigo* i padroni non fossero tenuti di nulla; non così quando ciò accadesse senza ragione e di proposito.

Si virgis aut loris dominus servum afflixerit, aut custodiae causa in vincula conjecerit: dierum distinctione sive interpetratione depulsa, nullum *criminis metum*

servo mortuo sustineat. Nec vero *immoderate suo jure* utatur : sed tunc *reus homicidii* sit , si *voluntate* eum ictu fustis aut lapidis caeciderit, vel certe telo usus , lethale vulnus inflixerit ecc. (L. unic. Cod. lib. 9. tit. 14 de emend. serv.)

L' *incapacità* del servo ammetteva alcune eccezioni, le quali riguardavano ora il *padrone*, ora i *terzi*, ed ora lo stesso *servo*.

1°) Nell'interesse del *padrone* potea essere ammesso al *jus commercii* nel senso che il *padrone* non solo si potea servire del servo per taluni atti giuridici, ma faceva suo tutto ciò che lo stesso, per qualunque causa, riuscisse ad acquistare.

Adquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per *eos quos in potestate* habetis.....

Item vobis adquiritur quod *servi vestri* ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa adquirant; hoc enim vobis et ignorantibus et invitis obvenit etc. (Inst. lib. 2. tit. 9. § 3).

Etiam invitis vobis per servos adquiritur , pene ex *omnibus causis*. (L. 10. D. lib. 41. tit. 1. de adq. rer. dom.)

Ma non potea egualmente *obbligare* il padrone in alcuna maniera, imperocchè era principio che lo schiavo potesse *migliorare*, ma non *deteriorare* la condizione di lui.

Melior conditio nostra per *servos* fieri potest, *deterior fieri* non potest. (L. 133. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

A codesto ultimo principio tuttavia vi erano due eccezioni:

a) Quando l' obbligazione derivava da un *delitto* , il padrone doveva *riparare* il danno o *abbandonare* lo schiavo al creditore:

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint (aut

bona rapuerint, aut damnum dederint), aut injuriam commiserint, *noxales actiones* proditae sunt, quibus *domino damnato* permittitur, aut *litis aestimationem sufferre*, aut *ipsum hominem* noxae *dedere*. (Inst. prin. lib. 4. tit. 8. de nox. act. Gajo, Comm. 4. § 75.)

b) Quando fosse stata contratta per causa del *peculium*, o in caso di *utile* versione, vale a dire quando fosse riuscita a favore del padrone (*in rem ejus versa*). Anche in questo caso doveva costui o *pagare* o *abbandonare il peculio*.

Introducta est *actio de peculio*, deque *eo* quod *in rem domini versum sit*, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in *rem ejus versum fuerit*, id totum praestare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus *peculium* patitur. (Inst. lib. 4. tit. 7. § 4.)

Quid tamen si dominus *tribuere nolit*. . . sed *peculio* vel *mercibus cedere* paratus sit? Pedius refert, audiendum eum: quae sententia *habet aequitatem*. (L. 7. § 1. D. lib. 14. tit. 4. de trib. act.)

2°) Nell'*interesse de'terzi*, lo schiavo era tenuto tanto per le *obbligazioni* che contraeva, quanto pei *delitti* che commetteva. Se non che per le *obbligazioni* era tenuto *naturalmente* (1), pei *delitti* anche *civilmente*. Per questi perciò, tanto durante la schiavitù, quanto dopo la manomissione, era soggetto all'azione per la riparazione del danno.

Servi ex *delictis* quidem obligantur, et si manomittentur, *obligati* remanent. (L. 14. D. lib. 44. tit. 7. de oblig. et act.)

3°) *Nell' interesse proprio*, il servo che avesse contrattato con *altri*, o collo stesso suo *padrone*, e ne avesse

(1) Ved. il testo sotto il n. 3.

ricevuta una *promessa*, dopo la *manomissione* si reputava *creditore* , ma soltanto *naturalmente*.

Ex *contractibus* autem *civiliter* quidem non obligantur, sed *naturaliter obligantur et obligant*. (detta L.) (1).

Sezione 2.

Status civitatis in ispecie

§ 1.

Generalità (2)

Quando in Italia ciascuna città, compresa Roma, formava uno Stato (3), le voci *civitas* (4) e *civis* non aveano che un solo significato, e l'una indicava l'insieme dei diritti che attribuiva lo Stato ai suoi membri, e l'altra la persona che li avea (5). Ma quando lo Stato si venne componendo di più Città, allora quelle voci ebbero un doppio significato: uno *politico* e l'altro *municipale*. Nel primo significato *civitas* e *civis* indicavano gli stessi rapporti di una volta; ma nel secondo, per *civitas* s'intendeva l'insieme de'diritti che un *Comune* (Universitas) attribuiva ai suoi membri, e per *civis* chi era ammesso a goderli. Di qui avvenne che le locuzioni *Romana civitas* e *cives Romani* si applicassero alle persone solo come membri dello Stato. Quando in vece si

(1) Ved. Gudalini , l. c. e di Savigny app. al § 65. e ciò che diremo nella dottrina delle *Obbligazioni*.

(2) V. Brissonio, Antiq. lib. 1. cap. 13. Sigonio de ant. jur. quir. Einn. ant. Rom. app. 1. Spanemio, Orbis Rom.

(3) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 2.

(4) È facile di vedere come qui rimane escluso il significato metaforico della parola *civitas*, che la rende sinonima di *urbs*.

(5) Ved. gli autori cit.

trattava di quelli di ciascuna *Città* (*cujusque civitatis*), si soleva aggiungere alle voci *civitas* e *civis* anche quelle di ciascuna *città*, o venivano sostituite dalle altre *municipium* et *municipes* (1).

La materia dello *status civitatis* non è trattata nella Collezione di GIUSTINIANO che per una parte soltanto, ed è la meno importante, perchè concerne le persone come membri non dello STATO, ma di una particolare *Città* (2). Il silenzio viene spiegato in diverse maniere (3). Ma qualunque ne sia stata la cagione, tutti convengono essere un vuoto che la Scienza ha il dovere di riempire.

Lo *status civitatis* si compone del *possesso* o *godimento*, e dell'*esercizio* di due specie di diritti, che oggi chiamiamo *civili* e *politici*, e i Romani chiamavano con linguaggio antico *Jus quiritium*, e *Jus civitatis*, *Romanae civitatis* o *civitas*, e con linguaggio nuovo, *jura privata* e *jura publica* (4).

Gli uni e gli altri, come vedemmo, si vennero riducendo dalla scuola a due categorie: i *civili* al *jus commercii* ed al *jus connubii;* ed i *politici* al *jus suffragii* o *suffragiorum* ed al *jus honorum* (5). In conseguenza lo *status civitatis* si può suddividere in *capacità civile* e *capacità politica*, secondo il linguaggio moderno, e definire la prima pel *possesso* o *godimento* del *jus commercii* e del *jus connubii*, e la seconda pel *possesso* o *godimento* del *jus suffragii* o *suffragiorum* e del *jus honorum*.

La *capacità civile* rimase sempre la stessa quanto agli elementi di cui si componeva; ma la *politica* nel

(1) Ved. i testi seguenti.

(2) Ved. D. lib. 50. tit. 1. (ad munic.) C. lib. 10. tit. 39 (de municip. et orig.)

(3) Ved. EINN. Ant. Rom. App. 1. § 1. pr.

(4) Ved. i PRIMI, lib. 1. cap. X. § 4.

(5) Ivi, e di SAVIGNY, § 64.

terzo periodo si restrinse al solo *jus honorum*, poichè il *jus suffragii* venne a cessare coll' abolizione de' Comizi, accaduta per opera di TIBERIO, il quale attribuì al Senato il potere che una volta aveano i cittadini.

. . . Primum e *campo* comitia ad *patres* traslata (1).

Le due parti dello *status civitatis* potevano andare unite e separate. Però la *capacità civile* poteva stare senza la *politica*, ma questa non poteva stare senza di quella. Quando andavano unite, la persona si diceva *civis optimo jure*; quando andavano separate, *civis non optimo jure* (2).

Originariamente erano cittadini i soli *Patrizii*. Poi divennero tali anche i *Plebei* (3).

Per essere *cittadino* allora bisognava abitare in Roma o ne'sobborghi, ed essere notato nel censimento (4). Tutti coloro che non si trovavano in questa condizione, sia che fossero o no soggetti a Roma, erano *stranieri*; i quali da prima si appellavano *hostes*, e di poi furono detti *peregrini* (5).

In appresso furono concedute ai *Latini* sottoposti all'*igemonia* romana, i diritti *civili* (6), e più tardi una parte di questi anche agli *Italiani*, nel senso che avea questa denominazione in quei primi tempi (7).

Dopo la *guerra sociale* si venne uguagliando la con-

(1) TACITO, Annali 1. 15. Ved. pure la L. 2. § 9. D. lib. 1. tit. 2. (de orig. jur.)

(2) Ved. i *Primi*, ivi.

(3) Ved. la nostra Storia del Dir. rom. Vol. 1 lib. 1. cap. 1. §. 5. e XI. §. 1. e seg. WILLEMS, lib. 1. cap. 3.

(4) Ved. SIGONIO, ivi.

(5) Ved. i PRIMI, lib. 1. cap. IX. § 4. e la Stor. lib. 1. cap. VII. § 1 e seg.

(6) Ved. la Stor. lib. 1. cap. IX. § 5.

(7) Ivi, § 6.

dizione di tutti gl' *Italiani,* compresi i *Latini,* a quella de' *Romani* (1).

Da questa concessione rimasero escluse le *Provincie,* le quali aveano il solo *status libertatis;* ed erano però riguardate come *peregrine* (2).

Le cose rimasero in questo stato molto tempo dopo lo stabilimento dell'impero. Alla fine fu la *cittadinanza* estesa anche alle *Provincie.* Se non che gl' interpetri non sono di accordo intorno all'Imperatore dal quale si venne uguagliando la condizione di tutti coloro i quali abitavano sul *territorio* Romano (*in orbe romano*) (3); ma in generale si ritiene che l' autore di questa legge fosse CARACALLA.

In *orbe Romano* qui sunt, ex Constitutione Imperatoris ANTONINI Cives Romani effecti sunt. (L. 17. lib. 1. tit. 5. de st. hom.)

Pare però che codesta disposizione non abbracciasse i *libertini* in generale, pei quali, come vedremo, la differenza circa alla *cittadinanza romana* non fu tolta che da GIUSTINIANO (4).

Dopo GIUSTINIANO adunque gli *stranieri (hostes, peregrini)* erano soltanto coloro che appartenevano a *nazioni* non soggette ai Romani. Essi con altro nome si chiamavano *barbari*, e le *nazioni* di cui facevano parte, *gentes barbaricae* (5).

A *Barbaris* remissos milites, ita restitui oportere Hadrianus rescripsit ec. (L. 5, § 6. D. lib. 49. tit. 16.)

Comparandi serici a *Barbaris* facultatem omnibus...

(1) Ivi, Vol. 2. cap. 9. e seg.

(2) Ivi.

(3) EINN. Antiq. Roman.

(4) Ved. intanto la L. unica Cod. lib. 7. tit. 5. e 1. e seg. tit. 6. ivi. Ved. pure ciò che diremo a pag. 122.

(5) Ved. BRISSONIO, v. *Barbaros.*

jubemus auferri. (L. 2. Cod. lib. 4. tit. 40. quae res ven. non poss.)

... Bellicos sudores nostros *barbaricae gentes* sub juga nostra redactae cognoscunt ec. (Proem. Inst. § 1.)

Specialità

§ 1.

Origine della cittadinanza (CIVITAS).

Abbiam veduto come negli ultimi tempi le voci CIVITAS e CIVIS avessero un significato *politico* ed un altro *municipale* (1). Ora le fonti nulla dicono circa l'origine della CIVITAS nel significato *politico* (2). Al contrario, parlando della CIVITAS nel significato *municipale*, stabiliscono chiaramente in quali e quanti modi si potesse acquistare. Se non che, secondo il DIGESTO, questi modi sarebbero tre : la nascita (*nativitas*), la manomissione (*manomissio*) e l'adozione (*adoptio*).

Municipem aut *nativitas* facit, aut *manomissio*, aut *adoptio* (pr. L. 1 D. lib. 50 tit. 1. ad municip.)

E secondo il CODICE sarebbero quattro, cioè la nascita (*origo*), la manomissione (*manomissio*), la concessione (*allectio*) e l'adozione (*adoptio*).

Cives quidem *origo*, *manomissio*, *allectio* vel *adoptio*... facit (L. 7. Cod. lib. 10 tit. 39) (3).

Ma gl'interpreti convengono che tre di questi modi sieno applicabili anche alla *cittadinanza politica*, cioè la *nativitas* o *origo*, la *manumissio*, e l'*allectio* (4).

(1) Ved. pag. 115.

(2) Ved. di SAVIGNY, § 66.

(3) Alcuni erroneamente credono che l'*allectio* e l'*adoptio* formassero un solo istituto giuridico. (Ved. DI SAVIGNY § 351. n. al num. 4.

(4) Ved. SIGONIO, ed i suoi annotatori, de antiq. jur. civ. Rom. cap. 6. MAKELDEY, n. al § 132, MÜCHLENBRUCH, § 135. WILLEMS, par. 2, sect. 1. chap. 1.

a) *Nativitas, origo*) Per avere la *cittadinanza* per *nascita*, bisognava nascere da chi era già *cittadino*. Ora coloro che nascevano da un matrimonio fatto colle condizioni del Diritto civile *(jure civile* o *quiritium*), seguivano la *condizione* del *padre*; gli *spurii*, e coloro che nascevano da un matrimonio contratto secondo le forme del Diritto delle genti (*jure gentium)*, seguivano la *condizione* della *madre* :

> **Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur (L. 19. D. lib. 1. tit. 5. de stat. hom. Fragm. Ulp. tit. 5. § 8. Gajo, Com. lib. 1. § 56.)**
>
> **Semper connubium efficit ut qui nascitur, patris conditioni accedat: aliter vero contracto matrimonio, eum qui nascitur , jure gentium matris conditionem sequi (Gaji com. 1. § 80) (1).**
>
> **Ejus qui justum patrem non habet , *prima origo* a matre, eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet. (L. 9. D. lib. 50. tit. 1. ad municip.)**

A questa regola generale si trovano delle eccezioni nel doppio senso, cioè, in taluni casi, quelli nati da *matrimonio civile* seguivano la condizione della *madre*, ed altri nati da matrimonio *juris gentium*, la condizione del *padre :*

> **Qui ex duobus Campanis parentibus natus est, Campanus est. Sed si ex *patre* Campano, *matre* Puteola-**

(1) Noi abbiamo riportato questo testo come si trova generalmente ricevuto. Tuttavia sembra che le parole *jure gentium*, che si sogliono far precedere alle parole *matris conditionem*, dovessero seguire le parole *contracto matrimonio;* perchè pare che Gajo voglia distinguere il matrimonio *civile* che è l' effetto del *connubium*, da quello di Diritto delle genti (*juris gentium*); dalla quale distinzione poi deriva necessariamente, che nel primo caso il figlio siegue la condizione del *padre*, nel secondo quella della *madre*. (Ved. il testo seguente di Ulpiano).

na, aeque *municeps campanus* est, nisi forte *privilegio aliquo* materna *origo* censeatur : tunc enim *maternae originis* erit municeps. Utputa Iliensibus concessum est, ut qui *matre Iliensi* est, sit eorum municeps. Etiam Delphis hoc idem tributum et conservatum est. CELSUS etiam refert Ponticis ex *beneficio* POMPEII MAGNI competere, ut qui Pontica matre natus esset, Ponticus esset : quod beneficium ad *vulgo quaesitos* solos pertinere quidam putant ; quorum sententiam CELSUS non probat; neque enim debuisse caveri, ut *vulgo quaesitus* matris *conditionem* sequeretur : quam enim aliam originem hic habet? sed ad eos, qui ex diversarum *civitatium parentibus* orirentur. (L. 1. § 2. D. lib. 50. tit. 1. ad municip.)

Codeste eccezioni doveano essere stanziate da una legge , o da un altro atto che avesse lo stesso valore:

Animadvertere tamen debemus non esse observandam *juris gentium* regulam , si *lex* aliqua , vel quod *legis vicem* obtinet, aliquo casu commutaverit eam. (GAJO, Com. 1 § 83.)

Una di queste leggi è la lex MENSIA (1), colla quale fu stabilito, che colui che nasceva da uno straniero e da una *cittadina* , era *straniero* , perchè dovea seguire la condizione del genitore il quale fosse men favorito dal Diritto :

Connubio interveniente liberi semper *patrem* sequuntur , *non interveniente connubio, matris* conditioni accedunt: *excepto* eo qui ex *peregrino* et *cive* romana *peregrinus* nascitur; quoniam lex *Mensia* ex alteru-

(1) Questa legge, la quale si trova menzionata tanto in ULPIANO quanto in GAJO, in un nuovo esame fatto del palinsesto di GAJO si è scoverto appellarsi MINICIA. (Ved. WILLEMS, Drit. publ. rom. cap. prim. nota 1.)

tro peregrino natum *deterioris* parentis conditionem sequi jubet. (ULP. reg. lib. 5. § 8.)

b) *Manumissio*. Gli interpetri antichi generalmente ritenevano che una volta colla *manomissione* gli *schiavi* non solo diventassero *liberi*, ma divenissero eziandio *cittadini* (1). Ma questa opinione era una conseguenza dell'altra, che i *plebei*, fra i quali senza dubbio andavano annoverati i *libertini*, avessero una parte della *cittadinanza* (2). Ma se è vero, come noi crediamo di aver dimostrato, che nel primo periodo la forma del governo romano fu *eroica* o *aristocratica*, non solo i *libertini*, ma anche i *plebei* in generale, quantunque *ingenui*, dovevano essere esclusi dalla *cittadinanza*. Se non che questi ultimi cominciarono a parteciparvi come si dette principio alle riforme (3); ma i primi par che vi fossero la prima volta chiamati dal Censore APPIO CLAUDIO nell'anno 449, il quale, come narra TITO LIVIO, facendo ascrivere nelle *tribù* i *libertini*, venne loro ad attribuire la qualità di *cittadini* (4).

La presenza dei *libertini* nei *comizii* ne perturbò l'ordine e la funzione; il perchè un altro Censore, QUINTO FABIO (457), non potendoli del tutto espellere, li restrinse in una sola *tribù*, e fu per questo servizio che rese allo STATO, che meritò il cognome di MASSIMO (5).

Le cose rimasero così fino al tempo di AUGUSTO, quando vennero pubblicate due leggi, la legge *Alia Sentia*

(1) Ved. EINN. antiq. Rom. lib. I. tit. IV. 10. Inst. lib. 1. § 105. OTTONE, com. Inst. lib. 1. cap. 5. pr. TRIBONIANO stesso era in questa opinione, come risulta dal testo a pag. 124-125.

(2) Ved. gli stessi autori.

(3) Ved. la Storia l. c. VILLEMS, Introd. cap. 2.

(4) Questa opinione è controversa tra i moderni. Ved. la Storia, ivi, e VILLEMS, Part. II, lib. 1. Sez. 3. cap. IV. § 4.

(5) Ved. la Stor. ivi.

e la legge *Giunia Norbana*. Con la prima (755) fu stabilito, che i *manomessi* divenissero *cittadini*, quando avessero l'età di 30 anni, fossero stati manomessi coi modi solenni, e per una giusta causa; salvo se durante la servitù non avessero meritata una severa punizione per la pessima loro condotta; poichè in questo caso sarebbero stati assimilati ai popoli *deditizii*.

(Lex Aelia Sentia) minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos *cives romanos* fieri, quam si *vindicta*, apud consilium, *justa causa* manumissionis approbata, liberati fuerint. (Gajo, Comment I. § 18. Ulp. Reg, tit. 1. § 12.) (1).

Dedititiorum numero sunt, qui poenae causa vincti sunt a domino, quibusve stigmata scripta fuerunt, qui propter noxam torti nocentesque inventi sunt, quive traditi sunt ut ferro aut cum bestiis depugnarent, vel in custodiam conjecti fuerunt, *deinde quoquo modo manumissi sunt*: idque lex *Aelia Sentia* facit. (Ulp. ivi § 11.)

Con la legge *Giunia Norbana* (771) si venne a dichiarare, che quando i *servi* fossero stati *manomessi* in qualunque altra maniera, acquistassero soltanto una parte della cittadinanza romana, uguale a quella che una volta avevano i *Latini*, ai quali perciò vennero assimilati non solo per la *qualità*, ma anche pel nome, onde furono chiamati *Latini Juniani*:

Quod si qui servi neque *vindicta*, neque *censu*, neque *testamento* manomissi sunt, *Latini Juniani* dicuntur: Latini ideo, nam adsimulati sunt Latinis coloniariis; *Juniani* ideo vero, quia per legem Juniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse. (Gajo, Comm. 1. § 22. e 3. § 55. e seg. Ulp. Reg. tit. 1. § 10.)

(1) Ved. Einn. Ant. rom. lib. 1. tit. 6.

I *libertini* adunque, rispetto allo *status civitatis,* si potevano trovare in tre differenti condizioni: alcuni erano *cittadini pieni*; altri assimilati ai *Latini ;* altri ai *deditizii* di una volta. In questo senso Giustiniano dice che la loro *libertà* assumeva tre forme: *maggiore* o *giusta, minore*, ed *inferiore*.

> Libertinorum *status* tripertitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur, modo *majorem* et *justam libertatem* consequebantur, et fiebant *cives romani* : modo *minorem*, et *Latini* ex lege Junia Norbana fiebant : modo *inferiorem*, et fiebant ex lege Aelia Sentia *dedititii*. (Inst. lib. 1. tit. 5. § 3. ULP. Reg. tit. 1. pr.)

Codesta distinzione di *deditizii* e *latini* erasi a poco a poco resa di niuna importanza pratica ; ma a volerla fare del tutto dimenticare, e ad impedire che si richiamasse in vigore, Giustiniano l'abolì con due costituzioni, le quali vennero ricordate nelle Istituzioni.

> Sed quoniam *dedititiorum* quidem pessima conditio jam ex *multis temporibus in desuetudinem* abierat, *latinorum* vero *nomen non frequentabatur*, ideoque nostra pietas omnia augere et in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus (1) hoc emendavit et in pristinum statum reduxit : quia et a *primis urbis Romae cunabulis una atque simplex libertas competebat*, id est, *eadem quam habebat manumissor* ; nisi quod scilicet *libertinus* sit qui manumittitur, licet manumissor *ingenuus* sit. . . . et omnes libertos, nullo nec aetatis manumissi, nec domini manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti jam antea observabatur, *civitati romanae* decoravimus; multis additis modis, per quos possit libertas servis cum *ci-*

(1) L. un. Cod. 7. lib. tit. 5. (de dedit. lib. toll. e L. un. Cod. lib. 7. tit. 6. de lat. lib. toll.)

vitate romana, quae sola in presenti est, praestari. (Inst. lib. 1. tit. 5. §. 3.)

c) *Allectio*. Questa voce non è stata intesa nello stesso modo, e vi è stato anche chi l'abbia ritenuta come sinonima di *adoptio* (1). Ma il suo vero significato sembra rispondere alla voce *receptio* (2), che si trova in alcuni scrittori, ed equivale perciò nel nostro idioma nel senso *grammaticale* a *collazione* o *aggregazione*, e nel senso *giuridico* a *naturalità* (3). Se non che i due modi precedenti erano *individuali*, ma la *collatio* o la *receptio* si poteva applicare o ad una *persona determinata* o ad un' *intera città*. Nel primo caso la cittadinanza competeva soltanto a colui che l'aveva conseguita; nel secondo a *tutti i membri* della città alla quale era stata conceduta (4). Il modo di conferirla non fu sempre lo stesso, non per l'*essenza* dell'atto, ma per la sua *forma*. Imperocchè, quanto all'*essenza*, pare che sia stato sempre un atto *sovrano*, o come dice Gajo, una *legge* o un *atto* che equivalesse a *legge* (5). Ma rispetto alla *forma*, essa variò secondo i tempi. Nel *primo* e *secondo periodo*, la concessione si dovea fare mediante una LEGGE (*lex*) nel senso stretto di questa parola (6), o con un *senatoconsulto*. Ciò che dicono dei Re CICERONE, TITO LIVIO e DIONIGI D'ALICARNASSO a questo proposito, non si concilierebbe con la verità istorica qualora si pren-

(1) Questa opinione si fonda sopra una variante che s' incontra in taluni manoscritti, della L. 7., dove si legge *id est* invece di *vel*. V. di SAVIGNY, § 351.

(2) Ved. le note al SIGONIO, de antiq. jur. rom. lib. 1. cap. 6. e WALTER, § 436.

(3) Ved. i vocabolarii e l'art. 10. del Cod. civ. ital.

(4) Ved. SIGONIO, ivi.

(5) Ved. il testo di GAJO a pag. 121.

(6) Ved. i PRIMI e T. LIVIO, lib. 4. n. 3.

desse alla lettera. Essi attribuiscono ai *Re* il potere di concedere la *cittadinanza*. Ma i *Re* solevano soltanto provocare la legge con cui si veniva concedendo, non altrimenti di quello che avveniva nel *secondo periodo* per parte dei *Consoli*. Ed è da credere, che come le leggi in questo periodo portavano il nome dei Consoli, nel *primo* assumevano quello dei Re. Lo stesso dicasi di ciò che si narra di Silla, Cesare, Pompeo ecc. La *cittadinanza* che gli stessi scrittori dicono essersi conceduta da questi celebri capitani, realmente non era che l'effetto di *leggi* da essi provocate, o prima o dopo della concessione (1). Ma nel *terzo* periodo si soleva fare con una Costituzione degl' *Imperatori* (2).

Quando ancora esisteva la distinzione *reale* di *Romani* e *Latini*, e quando in appresso a questa distinzione *reale* ne venne sostituita una *giuridica* (3), alcune disposizioni *legislative generali* attribuirono la *cittadinanza* ad alcuni individui, i quali si fossero resi autori di taluni *fatti*, indipendentemente da qualunque speciale concessione. Di questi fatti fanno menzione specialmente Ulpiano e Gajo.

> *Latini* jus quiritium consequuntur his modis: *beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, aedificio, pistrino:* praeterea ex senatusconsulto, *mulier* quae sit *ter enixa*. (Ulp. Reg. tit. 3. § 1.) (4).

Ma il caso più ordinario era il seguente. Dove un *Latino* avesse sposata una *Romana* o una *Latina*, ed avesse dichiarato avanti il Pretore o il Preside, che lo

(1) Ved. Cic. Pro *Balbo*, 8 e 21. Beaufort, La Rep. Rom. lib. 6. cap. 6. *Willems*, l. c.

(2) Ved. Einn. Ant. rom. Adp.

(3) Ved. la nostra Storia.

(4) Ved. Gajo, Comm. §§ 28 a 35.

aveva fatto per crearsi una famiglia, qualora avesse avuti dei figliuoli, e dopo l'anno dalla loro nascita avesse fatta la pruova di questa intenzione, otteneva la *cittadinanza* romana non solo per se e per la moglie, ma anche pei figliuoli.

Lege Junia cautum est, ut si (*Latinus*) civem romanam vel latinam uxorem duxerit, testatione interposita quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit, postea filio filiave nato natave, et anniculo facto, possit apud praetorem vel praesidem Provinciae causam probare, et fieri *civis romanus*, tam ipse quam *filius filiave* ejus et *uxor*: scilicet si et ipsa *latina* sit. Nam si *uxor civis romana sit*, partus quoque civis romanus est ex senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est. (ULP. Reg. *tit.* III. § 3.)

§ 2.

Modi onde si perdeva la cittadinanza.

La *cittadinanza* si poteva perdere in due modi: per la *capitis minutio*, e per la *rejectio civitatis*.

a) *Capitis minutio*. Come si è veduto, la *capitis minutio* poteva far perdere la *cittadinanza*, quantunque si conservasse la *libertà*, ed in questo senso trovasi appellata *minor*, e si verificava in quattro casi: per la *defectio*, per la *deportatio*, per l'*interdictio aqua et igni*, per l'*in opus publicum datio*.

1) *Defectio*. Questa accadeva quando si abbandonava la bandiera nazionale passando dalla parte dei nemici, o come si dice oggi, per mezzo della *diserzione*.

Qui *deficiunt capite minuuntur*. *Deficere* autem dicuntur, qui ab his quorum sub *imperio* sunt, desistunt, et in *hostium numerum* se conferunt: sed et hi, quos Senatus *hostes* judicavit, vel lege lata: utique usque eo

ut *civitatem* amittant. (L. 5. §. 1. D. lib. 4. tit. 5. de cap. minut.)

Faceva però mestieri che la *diserzione* fosse stata volontaria e di mala fede (*malo consilio et proditoris animo*). Di quì derivava il nome di *transfuga* al *disertore*.

Qui *malo consilio* et *proditoris animo patriam* reliquit, *hostium* numero habendus est. Sed hoc in *libero transfuga* juris est, sive foemina, sive masculus sit. (L. 19. § 4. D. lib. 49. tit. 15. de capt.) (1).

2) *Deportatio*. Codesta pena consisteva nel trasferimento del condannato in un' *isola* a *perpetuità*.

Inter poenas est etiam *insulae deportatio*, quae poena adimit *civitatem Romanam*. (L. 6. pr. D. lib. 48. tit. 22 de interd. et leg. et deport.)

Deportatio ad *tempus non est*. (L. 18. D. ivi.)

La quale pena non poteva essere inflitta dai Presidi. Essi però potevano proporre al Principe la *deportazione* di qualche individuo.

Deportandi in insulam jus Praesidibus Provinciae non est datum... Praesides itaque Provinciae quotiens aliquem in insulam deportandum *putent*, hoc ipsum adnotare debeant: nomen vero ejus scribendum Principi, ut in insulam deportetur.... ut Princeps aestimet an sequenda sit ejus sententia, deportarique in *insulam* debeat. (Detta L. 6. § 1.)

Anche la *relegatio* era una pena che si espiava in un *isola*; ma differiva dalla *deportatio*, in prima perchè poteva essere anche *temporanea*, in secondo luogo perchè non produceva la perdita della *cittadinanza*.

Haec est differentia inter *deportatos* et *relegatos*, quod *in insulam relegari* et ad *tempus* et in *perpetuum* quis potest. Sive ad tempus, sive in perpetuum quis fue-

(1) Ved. Gotofr. nota a questi due testi e più alla L. 51. D. lib. 41. tit. 1. (de adq. rer. dom.)

rit *relegatus* : et *civitatem* Romanam retinet , et *testamenti factionem* non amittit. (L. 7 § 2. e 3. D. ivi.) (1)

Deportatus *civitatem* amittit, non *libertatem* (L. 15. D. ivi.)

Relegatus integrum *suum statum* retinet (L. 18 ivi.)

3) *Interdictio aqua et igni.* Era principio di *Diritto pubblico* de' Romani che niuno potesse essere privato della cittadinanza senza il proprio consentimento.

Hoc juris a majoribus proditum est, ut nemo civis Romanus aut *libertatem* aut *civitatem* possit amittere, nisi ipse auctor factus sit (2).

Ora volendo espellere qualcuno dal territorio nazionale, s' imponeva ai cittadini di negargli l' uso dei due più necessarii elementi della vita, cioè dell' *acqua* e del *fuoco (aqua et igni)*; il che importava che colui il quale andava soggetto a codesta pena fosse costretto di abbandonare spontaneamente il territorio dello Stato (3).

Amissione civitatis fit capitis minutio, ut in *aqua* et *igni interdictione* (L. 5 pr. D. lib. 4. tit. 5. de capite minut.)

Tuttavia la perdita della cittadinanza non accadeva se non quando si era divenuto cittadino di un altro paese; laonde se si trovava un amico da cui si fosse ricevuta ospitalità non ostante l' interdetto, la cittadinanza si conservava, come avvenne a CICERONE :

Qui erant rerum capitalium condemnati, non prius

(1) Sono notevoli i seguenti versi di OVIDIO sul proposito:
Quippe *relegatus*, non *exul*, dicor in illo,
Parcaque fortunae sunt tibi verba meae. (Trist. II. v. 137.)
Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit,
Nil nisi me patriis jussit abesse focis.
Ipse *relegati*, non *exulis* utitur in me
Nomine. . . . (Trist. V, eleg. II. v. 21).

(2) CIC. *pro domo sua*, n. 29. *pro Caecina*, n. 33.

(3) Ved. un' altra spiegazione di questo genere di pena in JHERING, Spir. del Dir. Rom. vol. 1. pag. 288 (edit. di Parigi). Ma quella che abbiam seguita è la più ricevuta, e viene giustificata da CICERONE (*Pro domo*, n. 30.) e dalle fonti.

hanc civitatem amittebant, quam erant in eam recepti, quo vertendi, hoc est mutandi, soli causa, venerant. Id autem ut esset faciundum, non ademtione civitatis, sed *tecti* et *aquae* et *ignis* interdictione faciebant (1).

4) *In opus publicum datio*. Una delle pene le quali privavano il cittadino dei diritti *civili* e *politici*, era quella che lo costringeva a lavorare per tutta la vita nelle miniere dello Stato:

Quidam *απολιτες* (hoc est sine civitate) sunt in opus *publicum* dati et in insulam deportati (L. 17 D. lib. 48 tit. 19 de poenis).

b) *Rejectio civitatis*. Un altro principio del *Diritto pubblico* dei Romani era che il cittadino Romano non potesse essere cittadino ad un tempo di più paesi.

Duarum civitatum civis esse nostro jure civili nemo potest (2).

Laonde colui che si faceva comprendere nel numero dei cittadini di un altro Stato, perdeva il diritto della cittadinanza romana (3). Questa regola però riguardava la sola cittadinanza *politica*; per la *municipale* valea la regola contraria (4). Vero è che sembra risultare da taluni testi, non esser permesso di rinunziare alla cittadinanza romana:

Origine propria neminem posse *voluntate sua* eximi, manifestum est (L. 4. Cod. lib. 10. tit. 38. de munic. et orig. Ved. pure la L. 5 ivi e la L. 6. D. lib. 50. tit. 1. de munic. et incol.)

Ma codeste leggi vennero interpretate nel senso che non fosse lecito ogni sorta di rinunzia (5).

(1) Cic. ivi, n. 30.

(2) Cic. pro Balbo, num. 27. Ved. la nostra Storia del Diritto. Vol. 1. cap. IX. pag. 659.

(3) Ved. Marezoll, § 75.

(4) Ved. la Storia, l. c.

(5) Mühlenbruch, § 195.

§ 3.

Modificazione dello STATUS CIVITATIS.

Avveniva spesso che senza perdere del tutto la capacità *civile* e *politica*, non si conservasse neppure nella sua integrità. Questo poteva accadere, o per *condanna*, o per una di quelle *cause* per le quali soleva modificarsi l'*esistenza* di *fatto*, quanto al *corpo* o quanto allo *spirito* (1).

a) *Condanna* — Di questa prima causa, per la quale soleva modificarsi lo *status civitatis*, or sotto il rapporto *politico*, or sotto il *civile*, si discorre nelle fonti solamente per quanto concerne i diritti di *cittadinanza municipale*. Tuttavia, ciò che si trova stabilito a questo proposito è applicabile anche alla *politica*, come si è detto circa i modi onde la *cittadinanza* si acquistasse (2).

Ora si poteva a titolo di *pena* privare un cittadino dell'esercizio dei *pubblici ufficii*, come dell'*avvocheria*, delle *cariche* ecc.

Moris est advocationibus Praesides interdicere, et nonnunquam *in perpetuum*, nonnunquam *ad tempus*. Erit et illa poena, ne quis *negotiis publicis* interveniat. Necnon ita quoque interdici potest alicui, *ne certis personis adsit*. Potest et ita interdici cui, ne *apud tribunal Praesidis postulet* (L. 9 pr. § 1-2. D. lib. 48 tit. 19. de poenis.)

Potest alicui poena injungi ne *honores* adipiscatur (L. 7 § 21 D. lib. 48 tit. 22, de interd. et leg. et deport.)

(1) Ved. cap. 1. §. 4.
(2) Ved. il § 1. di questo cap.

Relativamente agli *ufficii pubblici*, è tuttavia da fare un' importante distinzione, la quale si fonda sulla loro natura e qualità. Alcuni *ufficii pubblici* obbligano a compiere certe *onerose funzioni*, senza che esse rechino a chi le esercita alcuna distinzione ; altri poi importano le une e l'altra. Per non confonderli, gli uni andavano sotto il nome di *munus* , e gli altri di *honor* :

> *Honor* municipalis est administratio reipublicae cum *dignitatis gradu*, sive cum *sumptu*, sive sine erogatione contingens. Publicum *munus* dicitur quod in administranda republica cum *sumptu*, sine *titolo dignitatis* subimus (L. 14 D. lib. 50 tit. 4 de muner. et honor.)

Ora le *pene* riguardano sempre i soli *ufficii* della seconda specie, cioè gli *honores*, perchè sarebbe strano che le *pene* , le quali sono destinate a produrre o un *dolore* o *una privazione di diritti* , sottraessero invece chi se ne rese meritevole , dall'adempimento di qualche dovere :

> Neque enim *immunitatem* poena tribuere debet (L. 7 § 22. D. lib. 48. tit. 22. de inter. et leg.)

Il che sembrò così ragionevole, che si trova stabilito esser *nulla* quella sentenza la quale esonerasse a titolo di *pena* da un *munus* :

> Sed *muneribus* si quis poenae causa fuerit prohibitus, *nihil valebit sententia.* (detta L.)

Perciò la privazione a titolo di *pena* di una *pubblica funzione* in generale , non importava l' esonerazione dalla carica di *Decurione* , perchè negli ultimi tempi , come vedremo , questa carica era divenuta un *munus* :

> Potest alicui poena injungi ne *honores* adipiscatur , nec ea res facit ut *Decurio* esse desinat, cum fieri possit, ut quis *Decurio* quidem sit, ad *honores* autem non admittatur (§ 21 ivi.)

2) *Qualità fisiche e morali—a*) *Sesso*—Gli uffici *civili* e *politici* di qualunque natura non si potevano esercitare che dai soli *maschi*. Le *femine* ne erano escluse per regola generale :

> Foeminae ab omnibus *officiis civilibus vel publicis* remotae sunt : et ideo nec *judices* esse possunt, nec *magistratum* gerere, nec *postulare*, nec pro alio *intervenire*, nec *procuratores* existere (L. 2. D. lib. 50 tit. 17. de reg. jur.)

Il che accadeva non perchè le donne fossero state reputate *incapaci* , come bene osserva il GOTOFREDO (1) , ma nell' interesse del *pudore* :

> Non omnes judices dari possunt.... quidam lege impediuntur ut *judices* sint: quidam *natura*: quidam *moribus*...; moribus *foeminae* et servi: non quia non *habent judicium*, sed quia receptum est ut *civilibus officiis* non fungantur (L. 12 § 2. D. lib. 5 tit. 1 de judic.)
>
> .... Edictum... *foeminas* prohibet pro aliis *postulare*. Et ratio quidem prohibendi, ne contra *pudicitiam* sexus congruentem alienis causis se immisceant: ne *virilibus officiis* fungantur mulieres (L. 1 § 5. D. lib. 3. tit. 1. de postul.) (2)

Nè solamente sotto questo rapporto la condizione dei *due sessi* era disuguale : anche quanto ai *diritti* puramente *civili* , molte cose si permettevano agli uomini, che non erano permesse alle *donne* :

> In multis juris nostri articulis *deterior* est conditio

(1) Ved. la nota alla trascritta legge.

(2) Le leggi ricordano la celebre CARFAGNA , la quale ammessa a discutere innanzi ai magistrati, disse tali impertinenze e commise tali sconcezze, che fu espulsa, e diede origine alla proibizione : *Origo introducta est a* CARFANIA, *improbissima foemina, quae inverecunde postulans, et magistratum inquietans, causa dedit* edicto (d. L. § 5)

foeminarum quam masculorum (L. 9. lib. 1 tit. 5 de stat. pom.)

Così non si potevano obbligare per altri, giusta il senatoconsulto *Vellejano* (1); non potevano adottare (2); non potevano essere tutrici (3) ecc.

Se non che sotto questo rapporto talvolta la condizione della donna era migliore di quella dell'uomo (4).

b) *Condizione*— Alcune *condizioni* esimevano coloro che l'esercitavano dalle pubbliche funzioni per *favore*. Tali erano i *grammatici*, i *retori* , i *medici* ecc. (5), i *militari* (6). Altre al contrario ne rendevano *indegni*; e queste condizioni erano in generale quelle che altrove abbiamo chiamate *illiberali*, *servili* o *sordide* :

> **De honoribus sive muneribus gerendis , in primis *consideranda persona* est. (L. 14 § 3 D. lib. 50 tit. 4 de muner. et honor.)**

Tali erano coloro che esercitavano il piccolo commercio ed i fabbricatori di monete :

> **Ne quis ex ultimis *negotiatoribus*, *monetariis*, *abjectisque officiis*... frui dignitate pertentet (L. 6 Cod. lib. 12. tit. 1.)**

c) *Opinione*—Vedemmo altrove in chè consistesse l'opinione e come essa assumesse due forme: *buona* e *cattiva*; e come la *buona* dicevasi *existimatio:* la *cattiva*, *infamia*, *ignominia*, *turpitudo* o *levis nota*. Vedemmo pure come l'infamia potesse essere di due specie: *naturale* (*re*) e *civile* (*lege*) (7). Ora l'*onore* e l' *infamia*, sia *naturale*

(1) L. 2. D. lib. 16. tit. 1 (ad Senatuscons. Vell.) Ved. pure i testi preced.
(2) Institut. lib. 1 tit. 2. § 10.
(3) L. ult. D. lib. 26 tit. 1 (de tutel.)
(4) Ved. LABOULAYE, de la condit. des fem.
(5) Institut. § 15, lib. 1 tit. 25.
(6) L. 3. § 1. D. lib. 50. tit. 4. (de mun. et hon.)
(7) Ved. cap. 1. § 4. pag. 60.

sia *civile*, potevano ugualmente influire sull' *esistenza* della persona.

De *honoribus* sive *muneribus* gerendis cum quaeritur, in primis consideranda *persona* est ejus cui defertur *honor*, sive *muneris administratio* (L. 14 § 3 D. lib. 50 tit. 4. de muner et honor.)

Sancimus.... multorum *bonorumque* copia virorum, *bonae opinionis* esse testes oportere.... non quosdam artifices *ignobiles*, neque *vilissimos*, neque nimis obscuros ad testimonium procedere, sed ut si qua de eis dubitatio fuerit, possit facile demonstrari testium vita, quia *inculpabilis* atque *moderata* est (Nov. 90. cap. 1 pr.)

Ma l'influenza maggiore si attribuiva all'*onore* ed all'*infamia civile*. Se non che, siccome la *naturale* riguardava l' *esistenza* di *fatto*, così la *civile* riguardava l' esistenza di *diritto*. Questa dunque concerneva la *capacità* o lo *status* (1); perciò, l'onore *civile* consisteva nella conservazione piena della *capacità*, e l'*infamia* nella perdita di essa; la quale poteva essere *intera* o *parziale*. L' *intera* derivava dalla *consumazione* dell' *onore civile*, la *parziale* da una semplice *diminuzione*.

Existimatio est *dignitatis illaesae status*, *legibus* ac *moribus* comprobatus, qui ex *delicto* nostro, AUCTORITATE LEGUM aut *minuitur* aut *consumitur* (L. 5. § 1. D. lib. 50. tit. 13. de extraord. cognit.)

Tanto l' una quanto l' altra erano la conseguenza di un' azione riprovata dalle leggi o dai costumi (*ex delicto*), la quale portava ora l' una, ora l' altra conseguenza. Ordinariamente avveniva per effetto della *capitis minutio*, ed è questo caso perciò che principalmente

(1) Ved. pag. 138.

si prende in considerazione quando si parla in generale dell' *infamia*.

Minuitur existimatio, quotiens, manente *libertate*, circa *statum dignitatis*, poena plectimur, sicuti cum *relegatur* quis, vel cum *ordine movetur*, vel cum prohibetur *honoribus publicis* fungi, vel plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit quae *Edicto perpetuo* infamiae causa enumeratur.

Consumitur vero, quotiens *magna capitis minutio* intervenit, id est, cum *libertas* adimitur: veluti cum *aqua et igni* interdicitur, quae in persona *deportatorum* venit, vel cum plebejus in *opus metalli* vel in metallum datur; nihil enim refert, nec diversa poena est *operis* et *metalli*, nisi quod refugae *operis* non morte, sed poena *metalli* subiiciuntur. (L. 5. §. 2 e 3. ivi.)

Ma sarebbe un errore il credere che l' *infamia* derivasse dalle sole azioni criminose le quali producevano la *capitis minutio*. Ve n' erano alcune le quali, lasciando la *capacità* di *dritto*, e diminuendo soltanto la *capacità di agire*, davano luogo all' *infamia*: e tali azioni potevano ugualmente essere effetto della violazione di un *precetto penale* o di un *precetto civile*.

La maggior parte dei casi d' infamia si trovano enunciati in un frammento dell' *Editto del Pretore*, che ci venne conservato da Giuliano (1), e che abbiamo riportato nella raccolta degli Editti (2). Ma oltre di essi se ne incontrano ancora parecchi altri in tutta la Collezione di Giustiniano. Così erano considerati *infami*: le *donne* le quali *palam quaestum faciunt* (3); *coloro* che erano

(1) L. 1. D. lib. 3. tit. 2. (de his qui not.)

(2) Ved. i *Primi* lib. 4. cap. 3.

(3) L. 24. D. lib. 3. tit. 2. (de his qui not.) LL. 41 a 43 pr. §§. 6-9. D. lib. 23. tit. 2. (de rit. nupt.)

condannati come rei di *stellionato* (1); le donne le quali *per calumniam*, cioè falsamente, asserivano di esser gravide per ottenere il possesso de' beni dei defunti mariti *ventris nomine* (2); ecc.

Ma il vedere se un' azione riprovata producesse o no l' *infamia*, dipendeva dall' opinione pubblica o dal Diritto positivo? Senza dubbio in molti casi era l' *opinione pubblica* quella che infliggeva l' *infamia* ad un'azione, e ciò vien comprovato dall' istituzione della *Censura*, la quale nell' esercizio delle sue funzioni non era soggetta a motivare la sua *subscriptio* o *nota censoria* (3). Ma per regola generale i casi d' *infamia* dovevano essere indicati dalle *leggi* o dal *Diritto consuetudinario*; il che risulta chiaramente dai testi che abbiamo riportati (4). Tra questi casi però e quelli abbandonati al criterio della *Censura*, passava un' importante differenza quanto alla durata. Poichè in questi la nota infamante poteva essere *rivocata* da altri *Censori*, o dagli stessi che n' erano stati autori (5). Ma quelli della prima specie erano *irrevocabili* per tutto il tempo ch' era stato determinato dalle stesse leggi (6).

Però la differenza maggiore stava nel concetto, poichè l' infamia dipendente dall' opinione pubblica era *indeterminata*; l' altra *determinata* e circoscritta (7).

La maggior parte degl' interpetri opina che la pri-

(1) L. 13. §. 8 D. lib. 3. tit. 2.

(2) L 15. e seg. ivi.

(3) Ved. la L. 12. D. lib. 50. tit. 2 de Decur. e la STORIA, lib. 1. cap. 12 § 10.

(4) Ved. DONELLO, lib. 18, cap. 16.

(5) Ivi.

(6) Ivi, e CIC. *pro Cluentio*, n. 42 e 43. Ved. pure L. 8. D. lib. 3. tit. 1. (de postul.) e 3. §. 1. D. lib. 50. tit. 2 (de Decur.)

(7) Ved. DI SAVIGNY, § 78.

ma legge la quale designasse i casi d'infamia fosse stato l' *Editto del Pretore*, all' occasione di un regolamento circa le *persone* che erano ammesse a *postulare* (1); ma un recente scrittore ha dimostrato come quell' Editto supponesse i casi d' *infamia* stabiliti dal più antico Diritto di Roma (2); e questo sembra risultare anche da alcuni testi.

I casi preveduti dal Diritto erano di due specie secondo la natura dei fatti: alcuni producevano l'*infamia* per sè stessi; altri avevano bisogno di una sentenza del magistrato. Di qui le due locuzioni della scuola: *notatur qui fecerit*: *notatur qui damnatus erit* (3). Sopra questa distinzione si fonda la classificazione che essa ha fatto dell' infamia in *immediata* e *mediata*. Alla quale classificazione sogliono taluni aggiungerne anche un'altra, cioè dell'*infamia juris* e dell' *infamia facti*, che si può solamente ammettere quando per la *prima* s'intende ciò che noi abbiamo chiamato *infamia civile*, e per l'altra ciò che abbiamo chiamato *infamia naturale* (4). Ma in questo caso la classificazione diviene straniera all'*esistenza di diritto*.

Ma su quali parti della *capacità* agiva l' *infamia* ? Quando essa era il risultato della *consumazione* dell'*onore civile* (*existimatio*), abbracciava senza dubbio tutte le parti della *capacità*, la quale si veniva in questo caso a *perdere* per intero.

> *Consumitur* quotiens *magna capitis minutio* intervenit, id est, cum *libertas* adimitur (L. 5. § 3. D. lib. 50. tit. 13 de extr. cogn.)

(1) Ved. di Savigny, §. 78.

(2) Ivi.

(3) L. 43. §. 12. D. lib. 23. tit. 2. de ritu nupt. Donello, ivi n. 7-8.

(4) Ved. pag. 134.

Ma quando la *diminuiva* soltanto, l'estensione di essa non è nettamente dichiarata :

Minuitur quotiens, *manente libertate*, *circa* STATUM DIGNITATIS poena plectimur (ivi § 2).

Ciò dette occasione ad un doppio sistema. Gl' interpreti in generale opinano che toccasse tutte due le parti dello *status civitatis*, cioè i *diritti politici* ed i *civili* (1). Alcuni la restringono ai *politici* in generale, e tra i *civili* al solo *jus connubii* (2).

d) *Religione*—Abbiam veduto in altro luogo (3) come per lungo tèmpo i Romani lasciassero al cittadino ciò che oggi appellasi *libertà di coscienza*, ma non tollerassero che si professasse un *culto* non ammesso dallo *Stato*. Non ostante la *libertà* di *coscienza*, nel primo periodo la religione aveva una gran parte nel *godimento* ed *esercizio* sì dei *diritti politici* che dei *diritti civili*. Imperocchè una delle condizioni per avere ed esercitare gli uni e gli altri diritti erano i *sacra familiaria*, e l' uso degli *auspicii maggiori* o *minori* secondo l' indole de'diritti : onde i *plebei* furono esclusi dalla *cittadinanza* fin che furono privi de' *sacra* e degli *auspicia* (4).

L' influenza della religione sullo *status civitatis* cessò del tutto nel secondo periodo, quantunque continuasse rispetto allo *status familiae* (5). Ma come nacque il conflitto fra la religione *pagana* e la *cristiana*, anche la *libertà* di coscienza venne a cessare, e si diè cominciamento alle persecuzioni, alle quali si aggiun-

(1) Ved. di SAVIGNY, § 78.
(2) Ivi, § 79.
(3) Pag. 61-62.
(4) Ved. i *Primi*, lib. 1. cap. 7. e la Storia lib. 1. cap. 3. § 6.
(5) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3. § 5.

se la *privazione* dei *diritti*, ora in tutto ed ora in parte (1).

Nella raccolta di GIUSTINIANO troviamo soltanto trattato delle privazioni alle quali andavano soggetti quelli che non professavano la religione *cristiana*, o riconoscendola non ne seguivano fedelmente i precetti. Ciò non di meno è certo che una volta la sola *professione* di *cristiano* bastava ad essere escluso dai *diritti* dell' una o dell'altra specie (2). E limitandoci a discorrere solamente della condizione dei *non cristiani* o dei *cristiani dissidenti*, troviamo che tanto gli uni quanto gli altri erano privati dei *diritti politici*, come avveniva dei *Giudei*:

> . . . . Sancimus, neminem *judaeorum* quibus omnes administrationes et dignitates interdicta sunt, Defensoris civitatis fungi saltem officio, nec patriae honorem arripere concedimus (L. 19. Cod. lib. 1. tit. 9. de jud. et coelic.)

Rispetto ai *civili*, alcuni erano privati soltanto del *jus connubii*, altri del *jus connubii* e del *jus commercii*. Così i Giudei non avevano il *jus connubii*:

> Ne quis christianam mulierem in matrimonium *Judaeus* accipiat: neque Judaeae christianus conjugium sortiatur: nam si quis aliquid hujusmodi admiserit, adulterii, vicem commissi hujusmodi crimen obtinebit (L. 6. Cod. ivi.).

Gli *apostati* al contrario nè l' uno nè l' altro:

> Hi qui sanctam fidem prodiderunt, et sanctum baptisma haeretica superstitione profanarunt, a consortio

(1) Ved. il lavoro di G. TRAVISANO, col titolo il *Cristianesimo in relazione col Dir. Rom.* (nei nostri Annali di Dir. vol. 2.)

(2) TACITO, Ann. XV. 44. PLINIO, Epist. X. 97-98. GIBBON, cap. 16. S' incontrano non di meno delle memorie nel Dig. (Ved. LL. 11. lib. 48. tit. 8. e 3. § 3. lib. 50. tit. 2.)

omnium segregati sint, a testimoniis alieni, testamenti (ut ante jam sanximus) non habeant factionem: nulli in haereditate succedant, a nemine scribantur haeredes (L. 3. Cod. lib. 1. tit. 7. de apostat.)

Un' istituzione che deve il suo nascimento alla religione cristiana, divenne una delle cause onde la *capacità politica e civile* si venisse modificando, non già in *pena*, come si è detto dei *non cristiani* o dei *cristiani dissidenti*, ma per rendere l' istituzione più perfetta. Intendiamo del *monachismo*, il quale s' incontra fin dai primi secoli della Chiesa. Se non che i primi *monaci* non furono che *eremiti*, i quali solevano vivere nelle foreste e nelle montagne nella sola contemplazione, e segregati gli uni dagli altri. Le prime riunioni avvennero nel IV secolo. Le case comuni furono chiamate *coenobia* e i membri di esse *coenobitae*. Essi non furono soggetti ad alcuna regola fino al tempo di San Basilio, il qual nel 378 stanziò le prime *regole* per i *monaci* dell' *Oriente;* ad imitazione del quale, nel 515, S. Benedetto dettò le sue pei *monaci* di *Occidente*. Egli sottopose coloro che volevano professare il monachismo, ai voti di *povertà*, *castità* ed *ubbidienza*; pei quali, secondo i Canonisti, i *monaci* si reputavano *morti al mondo* (1).

Ma questi provvedimenti non recavano alcun pregiudizio alla condizione dei monaci nei rapporti collo STATO, cosicchè rispetto ad esso erano, non ostante i *voti solenni*, considerati come *cittadini*, tanto pel *possesso* quanto per l'*esercizio dei diritti*. Le cose rimasero così fino ai tempi posteriori a Costantino.

I figli di quest'Imperatore furono i primi ad occuparsi

(1) Ved. i Com. di Gotofr. al lib. 16. tit. 2. Cod. Theod. (de *Monachis*) e GUDALINO, de jur. noviss. lib. 6. cap. 10.

della *capacità civile* dei monaci. Le prime leggi ebbero per oggetto il solo *jus connubii*. Se non che, pare che i provvedimenti presi su questo rispetto abbiano avuto meno per iscopo di regolare la *capacità*, come a taluni è sembrato (1), che di evitare certi reati divenuti frequenti in quei tempi. Le donne che professavano i *voti* solevano molto spesso esser rapite, e talora anche lasciarsi rapire coll'intenzione di *sposare*. Ora per questi casi fu dichiarato il matrimonio inefficace.

Si quis non dicam rapere, sed attentare tantum jungendi causa matrimonii sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriatur (L. 5. Cod. lib. 1. tit. 3. de episc. ecc. et de nupt. cler. ec.)

Il primo che avesse regolata in modo generale la *capacità civile* del monaco, fu Giustiniano, tanto sotto il rapporto del *jus connubii*, quanto sotto il rapporto del *jus commercii*.

a) Circa il *jus connubii*, *proibì* ai *monaci* dell'uno e dell'altro sesso, durante la vita monastica, l'uso del matrimonio.

Si quis *monachicam* profitentium conversationem meruit clerici ordinationem, maneat sic *puram* servans conversationem: quod si facti clerici abortantur fiducia, et ad *nuptias venire* praesumant: . . *excludatur* modis omnibus a clero . . . et privatus sit de extero etc. (Nov. 5. cap. 8.)

b) Circa il *jus commercii*, stabilì che coloro i quali intendevano di professare i voti solenni, potevano disporre dei loro beni a piacimento prima di fare la professione: non disponendone, passavano al monastero, al quale appartenevano pure tutti i beni che avessero acquistato dopo la professione. Ciò tuttavia non impediva di

(1) Ved. pure Cod. Theod. L. 1. e 2. lib. 9. tit. 25. de rapt. vel matr. sanctim. ed i Com. di Gotofr.

poter far ritorno al mondo, sempre che si volesse, per riprendere tanto il possesso quanto l'esercizio dei diritti:

Qui in monasterium introire voluerit, antequam monasterium ingrediatur licentiam habere suis uti quo voluerit modo. Ingredientem simul sequuntur omnino res: licet non expressim, qui introduxerit eas dixerit: et non erit dominus earum ulterius ullo modo (Novella 5. cap. 5. e novella 76.).

Si quis... forte semel dedicatus schemateque potitus, deinde a monasterio discedere voluerit, et privatam fortassis eligere vitam: ipse quidem sciat quam pro hac dabit.Deo satisfactionem res autem quascumque habuerit dum in monasterium intrabat eas dominii esse monasterii, et nihil penitus ejiciat. (Nov. 5. cap. 4.)

Non ostante l'evidente limitazione delle disposizioni del potere civile sulla capacità del monaco, i chiosatori e specialmente ACCURSIO pretesero che il monachismo non costituisse già una *modificazione* della *capacità* di coloro i quali professavano i voti solenni, ma sì bene una *capitis minutio*, ritenendo il monaco *morto civilmente*, come lo era innanzi alla religione (1). Ma il CUJACIO sostenne la tesi contraria, e la sua opinione venne generalmente ricevuta (2).

§ 4.

Classificazione delle persone quanto allo STATUS CIVITATIS.

La *cittadinanza* è senza dubbio un rapporto tra le persone ed uno STATO qualunque; e però sembra che concer-

(1) Ved. RITTERSHUSIO, Ius Iustin. Part. 1. cap. 6. num. 46

(2) Com. alla Nov. 5. (Op. omn. vol. 2 p. 1039), RITTERSHUSIO, ivi. Ved. in contr. GUDELINO, de jur. noviss. lib. 6. cap. 10. § 6.

nea esclusivamente il *Diritto interno* delle Nazioni. Ma chi non appartiene ad un determinato STATO è considerato come *estraneo* allo stesso; perciò la prima distinzione delle *persone* quanto allo *status civitatis*, è di *nazionali* e *stranieri*, che dai Romani erano chiamati *cives* ed *hostes* o *peregrini* (1).

Questa prima e generale classificazione, la quale nel *Diritto moderno* è la sola riconosciuta, nel *Diritto romano* andava soggetta ad una suddivisione tanto nel rapporto dei membri dello STATO quanto nel rapporto di coloro ch'erano fuori dello stesso.

a) Sotto il primo rapporto, fin dalla fondazione di Roma s' incontra la distinzione di *Patrizii* e *Plebei* (2). Ora i *Plebei* erano nello STATO, ma non erano *cittadini* (cives). In questo senso il VICO, parlando di questa suddivisione, disse che nel primo periodo i *Patrizii* ed i *Plebei* vivevano insieme ed in una medesima città, ma erano separati sotto il rapporto del *Diritto*.

Duo corpora politica intra una agitabant moenia, quae nullam aequi juris communionem habebant (3).

A questa suddivisione se ne venne indi ad aggiungere un' altra, la quale fu la conseguenza di alcune *condanne*, le quali mentre privavano coloro che vi andavano soggetti della *cittadinanza*, li ritenevano non di meno come membri dello STATO. Tali erano i *deportati* ed i condannati *ad opus publicum*. A distinguerli si trova nelle fonti una voce greca ed un'altra latina. In greco erano chiamati *απολιτες*, ed in latino *extorres* (4).

Ora la differenza fra *Patrizii* e *Plebei* venne a cessa-

(1) Ved. pag. 118.
(2) Ved. pag. 117.
(3) De Const. philol. pag. 337. Ved. la Storia lib. 1. cap. 1. § 4.
(4) Ved. i testi a pag. 130.

re, come abbiam veduto (1) ; ma gli ἀπολιτες o *extorres* rimasero sino agli ultimi tempi. I membri dunque dello STATO erano o *cives* o *apolites*. Ora sebbene questi ultimi non fossero *stranieri* (*peregrini*, *hostes*), venivano nondimeno assimilati ad essi quanto alla *condizione giuridica*.

I *cives* non erano neppure essi di una medesima condizione. Erano chiamati *cives optimo jure* o *non optimo jure*, secondo che godessero insieme i diritti *civili* e *politici*, o i soli primi senza i secondi.

b.) Quanto agli *hostes* o *peregrini*, la condizione era più o meno favorita, secondo le relazioni in cui si trovavano collo STATO romano. Così nacque la suddivisione degli stranieri in *hostes latini*, *italiani* e *dedititii*, la quale rimonta ai tempi in cui in Italia ciascuna *città* costituiva uno STATO. Ma anche quando Roma soggiogò l'Italia, questa distinzione conservò tutta la sua importanza, fino a che non venne tolta dalla legge di CARACALLA, come abbiam veduto (2).

Questa legge tuttavia abolì la distinzione nel rapporto degli *ingenui*, ma lasciò sussistere quella di *latini* e *deditizii* (3) nel rapporto dei *libertini*, la quale durò sino a GIUSTINIANO.

Laonde, secondo l'ultimo stato della legislazione, le *persone*, quanto allo *status civitatis*, erano *cives* , *peregrini* detti anche *hostes* o *barbari* , ed *apolites*.

I *cives* erano sotto l'impero del *jus civile* , e però godevano dei diritti *civili* e dei *politici*. Gli *stranieri* e gli *apolites* andavano regolati dal *jus gentium* , ed è per questo che potevano servirsi di tutti gl'istituti giu-

(1) Ved. pag. 122.
(2) Ved. pag. 118.
(3) Ved. pag. 122 e seg

ridici fondati sullo stesso, ma erano esclusi da quelli che appartenevano al *jus civile*.

..... Quidam ἀπολιτες sunt, hoc est sine civitate: ut sunt in opus publicum perpetuo dati, et in insulam deportati, ut ea quidem quae *juris civilis* sunt non habeant: quae vero *juris gentium* sunt habeant (L. 17 §. 1. D. lib. 48. tit. 19. de poenis).

Deportatus *civitatem* amittit, non *libertatem*, et speciali quidem *jure civitatis* non fruitur, *jure* tamen *gentium* utitur; emit enim et vendit, locat, conducit, permutat, foenus exercet, et caetera similia, et postea quaesita pignori dare potest, nisi in fraudem fisci qui ei mortuo successurus est ea obliget (L. 15. D. lib. 48. tit. 22. de interdic.)

Hi quibus aqua et igni interdictum est, item deportati *fidei commissum* relinquere non possunt: quia nec *testamenti faciendi* jus habent, cum sin ἀπολιτες, id est *extorres*. (L. 1. §. 2. D. lib. 32. tit. 1. de leg. et fideic.)

SEZIONE 3.

STATUS FAMILIAE IN ISPECIE.

§ 1.

Generalità sulla Familia e la Gens.

Due istituzioni costituivano l'organismo del primitivo Stato di Roma: la famiglia (*familia*) e la Gente (*gens*) (1).

a) La famiglia, razionalmente considerata, si fonda nell' umanità, e consiste in un complesso di relazioni, alcune delle quali hanno per origine l' *arbitrio* di

(1) Ved. la Storia, cap. 2 e 5.

due esseri appartenenti a *due sessi* diversi, i quali si uniscono in un *solidale e perpetuo conjugio* (*maris atque foeminae conjunctio* (1); ed altre la *necessità* della riproduzione (*procreatio*) (2), ch'è lo scopo finale di codesto *conjugio*.

Ma non era tale la primitiva *famiglia romana*: essa consisteva in un complesso di relazioni concernenti i *beni* e le *persone* soggette all' *autorità* di un individuo coll' individuo stesso.

..... Familiae nomen talem habere vigorem, *parentes* et *liberos, omnesque propinquos*, et *substantiam, libertos* etiam et *patronos*, nec non *servos* per hanc appellationem significari (L. ult. lib. 6 tit. 38 Cod. da verb. sign.)

L' individuo che avea codesta autorità appellavasi PATERFAMILIAS, non già nel senso moderno, cioè di chi abbia moglie e figli (3); ma di chi abbia un potere *autonomo*, di *natura domestica (qui in domo dominium habet)*, *attuato* o *attuabile* sulle persone e sulle cose (4).

Paterfamilias appellatur qui in *domo dominium* habet, recteque hoc nomine appellatur quamvis filium non habeat. Non enim solam personam ejus, sed et jus domonstramus (L. 195 § 2. D. lib. 50 tit. 16 de verb. sign.)

Di qui i diversi significati della parola FAMILIA che ci ha tramandati ULPIANO. Secondo questo giureconsulto dunque, sotto nome di *familia* s' intendevano le COSE (*res*) e le PERSONE (*personae*) che aveano relazione con un *paterfamilias*.

Familiae appellatio qualiter accipiatur videamus.

(1) L. 1. § 3 D. lib. 1 tit. 1 (de just. et jure).
(2) Ivi.
(3) Ved. i vocabolarii.
(4) Ved. quel che diremo in ispecie.

Et quidem varie accepta est: nam et in *res* et in *personas* deducitur (L. 195 § 1. D. lib. 50 tit. 16. de verb. sign.)

Nel significato di COSE, per FAMILIAM s' intendeva l' *eredità.*

In *res*, ut puta in lege XII Tab. his verbis: *adgnatus proximus familiam habeto* (§ 1 ivi).

Nel significato di PERSONE, avea due sensi. Ora dinotava i singoli individui (*singulares personae*); ora un *corpo* di persone (*corpus*).

Ad personas refertur familiae significatio ita, cum de *patrono* et *liberto* loquitur lex: *eam familiam*. Et hic de *singularibus porsonis* legem loqui constat.

***Familiae* appellatio refertur et ad *corporis* cujusdam significationem (ivi § 2.)**

Quanto a quest'ultimo significato, la parola FAMILIA aveva nuovamente due altri sensi, uno *stretto* (*jure proprio*), l' altro *largo* (*jure communi*).

Quod (*corpus*) aut *jure proprio* ipsorum aut *communi* universae cognationis continetur (ivi).

Nel senso *stretto* abbracciava le sole persone che *attualmente* si trovavano sotto la POTESTA' dello stesso individuo, sia per *natura,* sia per *legge,* le quali persone prendevano diversi nomi secondo i rapporti in cui si trovavano nella famiglia (PATER-FAMILIAS, MATER-FAMILIAS, FILII O FILIAE FAMILIAS):

***Jure proprio* FAMILIAM dicimus plures personas quae sunt sub *unius potestate*, aut *natura*, aut *jure* subjectae, utputa *patremfamilias*, *matremfamilias*, *filiumfamilias*, quique deinceps vicem eorum sequuntur, *utpota nepotes* et *neptes* et deinceps (ivi).**

Qualora però avveniva che all'epoca della morte del padre un figlio si trovasse soltanto *conceputo*, nascen-

do vivo faceva parte di questa famiglia , poichè se fosse *nato* vivente il padre, sarebbe caduto sotto la *sua potestà* (1).

Nel senso *lato* abbracciava tutte le persone ch'erano state sotto la potestà dello stesso individuo:

> **Communi jure familiam dicimus omnium *adgnatorum*: nam etsi *patrefamilias* mortuo singuli singulas familias habent , tamen omnes qui sub *unius potestate* fuerunt, recte ejusdem *familiae* appellabuntur, qui ex eadem *domo* et *gente* proditi sunt (§ 2 ivi).**

Non è già tuttavia che la famiglia nel significato *razionale* fosse sconosciuta, o non facesse parte della *realtà* della vita dei primi Romani: ciò sarebbe stato assolutamente impossibile, attesochè senza di essa non sarebbe potuto esistere la *famiglia* nel significato *positivo*. Ed è perciò che tra gli altri significati della voce *familia*, vi è anche quello della *famiglia naturale:*

> **Item appellatur *familia* plurium personarum quae sub ejusdem ultimi genitoris *sanguine* procifiscuntur (§ 4 ivi).**

Di qui deriva una doppia specie di *famiglia*, che a similitudine della distinzione della parentela (2), si può chiamare CIVILE e NATURALE ; l'una fondata sulla *patria potestà* , l' altra sui *vincoli di sangue*. Ma lo *status familiae*, che forma la materia di questo capitolo, suppone la famiglia *civile*, e non la *naturale*.

b) La GENS secondo la definizione di FESTO consisteva nel complesso di parecchie *famiglie* (3):

> **GENS appellatur quae ex multis *familiis* conficitur (4).**

(1) Vedi i testi a pag. 155.

(2) Ved. il testo a pag. 153.

(3) Noi facciamo menzione della *Gens* in questa trattazione imitando GAJO, il quale ne avea parlato nel 1. Comm. (Ved. Comm. 3. § 17).

(4) Ved. la v. *Gens*.

È controverso però se queste famiglie dovessero avere la medesima origine, o potessero anche essere l'una all'altra straniera (1). Ma in qualunque modo si dovessero considerare, dovevano sempre costituire un'*entità giuridica*, avendo un comun *nome*, un *capo*, un *patrimonio*, ed altre cose comuni (2).

La Gens, come si vede, aveva un fondamento nella condizione *storica* dei primi Romani, comune a molte altre nazioni (3); ed è per questo motivo che venne a cessare colla detta condizione.

Ora senza dubbio lo *status familiae* avea per principale fondamento la FAMILIA; ma attesa la relazione tra la FAMILIA e la GENS, finchè quest'ultimo istituto giuridico si mantenne nella sua originaria importanza, ebbe una gran parte nella determinazione e valore di codesto *status*. Ed in fatti nel primo periodo (4), e sotto la forma *aristocratica* o *eroica* del governo, non si riconoscevano altre FAMIGLIE se non quelle che facevano parte di una GENS, ed in conseguenza non avevano lo *status familiae* se non i membri di quelle famiglie che potevano dimostrare di appartenere ad una GENS. I *Plebei* perciò, in questo primo periodo, perchè non aveano Gentes, non aveano *familiae*, e non avendo *familiae*, erano prive dello *status familiae*.

In questo senso le leggi delle XII Tavole negavano loro il *jus connubii*, e si trova vera l'opinione del Vico, il quale contro il generale modo d'intendere quel *divieto*, sostenne che quelle Leggi aveano riprodotto un principio dell'antichissimo Diritto, secondo il quale ai *plebei* non era permesso di contrarre matri-

(1) Ved. la *Storia*, lib. 1 cap. 4.

(2) Ivi, § 6.

(3) Ved. la Storia, ivi.

(4) Ved. la pag. 81 e la Storia, ivi.

monio *civile* non solo coi *patrizii*, ma neanche tra loro (1). Lo *status familiae* divenne per essi possibile quando alla forma *aristocratica* del governo subentrò la *democratica*. Allora, siccome lo STATO si costituiva non più delle *Gentes*, ma degl' *individui*, il *jus connubii* divenne comune ai *plebei* per virtù della legge CANULEJA (2), e le *Gentes*, avendo perduta la loro primitiva importanza, vennero successivamente a restringersi, fino a che non si estinsero del tutto.

Dalle cose precedenti risulta che nel *Diritto nuovo* lo *status familiae* non aveva la medesima importanza che ebbe sotto l'impero del *Diritto antico*. Ma sarebbe un errore il credere che non ne avesse più alcuno; il che se fosse vero, lo *status familiae* non dovrebbe figurare tra le forme della *capacità* delle persone nel *Diritto nuovo* anteriore e contemporaneo a GIUSTINIANO. Ma come abbiam veduto, lo *status familiae* viene espressamente riconosciuto dalle fonti, tanto del DIGESTO, quanto del CODICE (3). Se non che nel Diritto *antico* aveva una doppia importanza *civile* e *politica*, e nel Diritto *nuovo* si restrinse alla sola *civile*. Gl'interpetri in generale non dichiarano nettamente in che consiste questa importanza dello *status familiae*, anche ristretta alla sola *capacità civile* (4). Pare però che facendo astrazione da qualunque altro riguardo abbia senza dubbio un doppio scopo:

1) Di determinare coloro che hanno o no la pienezza dei loro diritti nel rapporto collo STATO, o come dicono le fonti, gli *homines sui juris et alieno juri*

(1) Vedi la Storia, cap. 13, § 3.
(2) Ivi.
(3) Ved. i testi citati in questa sezione ed a pag. 80-81.
(4) Ved. la dissertazione del di SAVIGNY, che forma l'appendice ai §§ 64 e 68, e WALTER, n. 488.

subiecti (1), o *suae potestatis et sub aliena potestate* (2).

... Civium Romanorum, quidam sunt *patresfamiliarum*, alii *filiifamiliarum*, quaedam *matresfamiliarum*, quaedam *filiaefamiliarum*. *Patresfamiliarum* sunt qui sunt *suae potestatis*, sive puberes, sive impuberes: simili modo *matresfamiliarum*. *Filiifamiliarum* et *filiae* quae sunt in *aliena potestate*. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in *mea potestate* est: item qui ex filio meo et uxore ejus nascitur, id est, nepos meus et neptis, aeque in mea sunt *potestate*, et pronepos, et proneptis, et deinceps caeteri (L. 4 D. lib. 1 tit 6 de his qui sui vel alieni jur. sunt).

2) Di stabilire le persone le quali abbiano dritti o doveri all'uso ed esercizio dei vantaggi o funzioni dipendenti dai *rapporti di famiglia*, come sono le *successioni*, la *tutela* ecc.

Jurisconsultus *cognatòrum* gradus et *adfinium* nosse debet, quia legibus *hereditates* et *tutelae* ad *proximum* quemque *adgnatum* redire consueverunt. Sed et *Edicto* Praetor *proximo* cuique *cognato* dat *bonorum possessionem* (L. 10 D. lib. 38 tit. 10 de grad. et aff. et nom. eor.)

Sancimus unumquemque secundum *gradum* et *ordinem* quo ad *hereditatem* vocatur aut solum aut cum aliis, etiam *functionem tutelae* suscipere. (Novella 118, cap. 5) (3).

§ 2.

Concetto della famiglia in ispecie.

Abbiamo distinto due specie di famiglie, la *civile* e la *naturale*. Esse potevano stare separate o congiunte

(1) Ved. D. lib. 1 tit. 6, ed Inst. lib. 1 tit. 8.

(2) Ved. nov. 117.

(3) Ved. PUCHTA, § 219—BURCHARDI § 23—MAYNZ, Vol. 1. § 97.

insieme. Potevano, in vero, *persone* che avevano diversa *origine* trovarsi sotto la stessa *potestà*; ed al contrario, *persone* che avevano l'*origine medesima* trovarsi sotto diverse *potestà*, o non trovarsi sotto la *potestà di alcuno*; ma poteva anche accadere che le *stesse persone* avessero la medesima *origine* e fossero sotto la *stessa potestà*.

In generale i rapporti fra i membri di una medesima famiglia si chiamavano *cognationes*; e secondo che si trattasse di famiglia *civile* o *naturale*, o di famiglia *civile* e *naturale* insieme, la *cognatio* si appellava *civilis* o *naturalis*:

> **Cognationis** substantia bifariam apud romanos intelligitur. Nam quaedam *cognationes jure civili*, quaedam *naturali* connectentur: nonnunquam *utroque jure* concurrente et *naturali* et *civili* copulatur *cognatio*. Et quidem *naturalis cognatio* per se sine *civili cognatione* intelligitur, quae per *foeminam* descendit, quae vulgo liberos peperit. *Civilis* autem per se, quae etiam *legitima* dicitur, *sine jure naturali cognatio* constitit per *adoptionem*. *Utroque jure* consistit *cognatio*, quum *justis nuptiis* contractis copulatur (L. 4, § 2 D. lib. 38 tit. 10, De grad. aff. et nom. eor.)

La parentela *civile* però aveva un nome proprio e speciale, oltre il comune: essa si appellava *adgnatio*.

> Sed *naturalis* quidem *cognatio* hoc ipso nomine appellatur: *civilis* autem (*cognatio*), licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen *adgnatio* vocatur (ivi).

In conseguenza i *membri* della famiglia con nome comune si appellavano *cognati*, ma con nomi proprii e speciali, gli uni si chiamavano *adgnati* e gli altri *cognati*:

> Inter *adgnatos* et *cognatos* hoc interest quod inter

genus et *speciem*: nam qui est *adgnatus* et *cognatus* est (1) (L. 10. § 4, ivi).

Poichè gli *adgnati* erano parenti *civili*, e questo carattere dipendeva dalla *patria potestà*, sotto la quale erano, erano stati o avrebbero dovuto essere; e la *patria potestà*, come vedremo, apparteneva al solo *sesso maschile*: così gli *adgnati* dicevansi non potere derivare che da *maschi*.

Sunt *adgnati* per *virilis sexus* personas *cognatione* juncti, quasi *a patre cognati*, veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo (Gaji, Com. lib. 1. § 156. Instit. lib. 1. tit. 15 § 1. Ulp. Reg. tit. II, § 4).

Al contrario i *cognati* in senso stretto, essendo parenti *naturali*, potevano discendere egualmente da *maschi* e da *femine*:

Qui per *foeminas* conjunguntur, *cognati tantum* nominantur (L. 10 § 2. D. ivi).

Cognationis origo et per *foeminas solas* contingit: frater enim est, et qui ex eadem *matre* tantum natus est: nam qui eundem *patrem* habent, licet *diversas matres*, etiam *adgnati* sunt (L. 10. § 6. D. ivi).

Cognati ab eo dici putantur quod quasi *una communiterve nati*, vel ab eodem orti progenitive sint (L. 4. § 1. D. ivi.)

Cognati appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi *commune nascendi* initium habuerint (L. 1. § 1. D. lib. 38. tit. 8. unde cogn.)

La donna perciò poteva essere principio di una famiglia, concorrendo col marito alla formazione di essa, ma non poteva avere *successori*:

Mulier familiae suae et *caput* et *finis* est (L. 195. D. lib. 50. tit. 16, § 5. De verb. sign.)

(1) Questa proposizione non è rigorosamente vera, potendo l'*adgnatio* derivare dall'*adoptio* (Ved. il testo alla pag. precedente, e la pag. 159).

I suoi figli formavano la famiglia del marito, ed essa stessa era una volta considerata come una *filiafamilias* (1).

.... ***Agnationis*** **jura a *patre* oriuntur (L. 4. D. lib. 38. tit. 8. unde cogn.)**

Anche gli *agnati* non erano di una medesima specie: si distinguevano, per taluni fini, quelli che attualmente *erano* o *avrebbero dovuto essere* sotto la stessa patria potestà, da quelli che vi *erano stati*, ma non vi erano più per la morte del *pater familias* : i primi, che erano chiamati anche *proximiores*, erano detti *sui* :

Proximiores **ex *adgnatis* SUI dicuntur (L. 10. § 3. D. lib. 38 tit. 10).**

Postumi **liberi, id est qui in *utero* sunt, si tales sunt ut nati in *potestate nostra* futuri sint, *suorum* heredum numero sunt (ULP. Reg. tit. 22. § 15).**

Postumi, **qui si vivo parente nati essent, in *potestate* ejus futuri forent, *sui* heredes sunt (Inst. lib. 3. tit. 1. § 2).**

La famiglia *naturale*, sia o no anche *civile*, ha per fondamento, come si è detto, la *generazione*. Le persone perciò che la costituiscono si trovano in due *ordini* diversi, secondo che discendono le une dalle altre, o tutte abbiano un medesimo autore.

Le generazioni si appellano *gradi* (*gradus*) :

. . . ***Generata*** **persona *gradum* adjicit (Instit. lib. 3. tit. 6. § 7.)**

La voce *gradus* fu adoperata a similitudine della stessa voce con la quale i Romani solevano indicare gli scaglioni fatti di legno o di pietra o di altra materia solida, di figura piana, posti l'uno sopra l'altro, e di tanta altezza che per essa si possa salire e scen-

(1) Ved. appresso dove si parla de'rapporti conjugali.

dere comodamente, come accade dei luoghi inclinati e delle scale:

Gradus dicti sunt a similitudine _scalarum, locorumve proclivium_, quos ita ingredimur ut a proximo in proximum, id est in eum qui quasi ex eo nascitur, transeamus (L. 10. § 10. D. lib. 38. tit. 10. de gr. et aff. et nom. eor.)

Si distinguevano tre ordini di gradi, *superiori, inferiori* e *trasversali* o *collaterali:*

Gradus cognationis alii _superioris ordinis_ sunt, alii _inferioris_, alii ex _transverso_ sive a _latere_ (L. 1. D. ivi).

E come in geometria l'unione dei punti costituisce la *linea* (1), così nel Diritto di famiglia fu dato il medesimo nome all'unione dei *gradi* o *generazioni*. Quindi i giureconsulti distinsero una *linea superiore*, una *linea inferiore* ed una *linea trasversale*. Le due prime linee unite insieme vennero chiamate *linea* retta o *stemma.*

Στεμματα cognationum directo limite, in duas lineas separantur: quarum altera _superior_, altera _inferior_. Ex _superiore_ autem et secundo gradu, _transversae lineae_ pendent (L. 9. D. ivi).

Gl' interpetri non sono uniformi intorno all' origine della parola STEMMA (2), ma sembra derivare dal costume in cui furono i primi uomini di seppellire i parenti l'uno appresso all'altro, secondo l' ordine delle *generazioni*, e formarne in conseguenza dei *fili* (lineae), distinguendo l'uno dall'altro per mezzo di *ceppi* (*cippi*) (3).

Le *generazioni* o *gradi* adunque costituiscono la *misura* del luogo che occupa nella famiglia ciascuno dei

(1) Ved. nei *Primi* il testo di CICERONE, lib. 1. § 1.
(2) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3. § 4.
(3) Ved. il luogo di Vico nella citata opera.

suoi membri, escludendo sempre l'autore comune. Laonde volendo sapere la distanza fra un parente ed un altro, si deve numerare le *generazioni*. Se non che, nella *linea retta*, dove la parentela si misura tra persone che discendono l'una dall'altra, la computazione comincia dalla prima generazione, cioè dal *primo grado*; mentre nella linea *collaterale*, dove la parentela si misura tra persone che discendono dal medesimo ceppo, la computazione deve cominciare necessariamente dal *secondo*:

. . . . *Superior* quidem et *inferior cognatio* a *primo gradu* incipit: ex *transverso* sive a *latere nullus* est *primus gradus*, et ideo incipit a *secundo*. Itaque in *primo gradu* cognationis *superioris* quidem et *inferioris ordinis* cognati possunt concurrere: ex *transverso* vero nunquam eo gradu quisquam concurrere potest: at in *secundo* et *tertio*, et deinceps in caeteris, possunt etiam ex *transverso* quidam concurrere, et cum superioris ordinis cognatis (L. 1. § 1. ivi.)

La famiglia astrattamente considerata abbraccia non solo i *viventi*, ma anche i *trapassati*; ed il popolo romano ebbe sempre questo largo concetto della famiglia, come lo dimostrano i *sacra familiaria* regolati con tanta cura ed osservati con religioso rispetto (1). Ma per gli *usi della vita* fu limitata e circoscritta alle sole persone *possibilmente viventi*. Ora in questo senso la famiglia *naturale* non oltrepassava il settimo grado, poichè più oltre non trovavano la possibilità nè della *vita*, nè dei *nomi* per esprimere le persone che la costituissero:

Non facile, quod ad nostrum jus attinet, cum de *naturali cognatione* quaeritur, *septimum gradum* quis exce-

(1) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3. sez. 2. n. 7.

dit, quatenus ultra *eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam* consistere non patitur (L. 4. pr. D. ivi).

Successionis idcirco *gradus septem* constituti sunt, quia *ulterius* per rerum naturam nec *nomina* inveniri *nec vita succedentibus prorogari* potest (Paulus, lib. 4. tit. 11. § 8) (1).

I parenti secondo il grado che occupavano prendevano diversi nomi (2).

Tutto quello che finora si è detto dei *gradi* delle *linee* e dei limiti del concetto di famiglia, senza dubbio è proprio della famiglia *naturale*. Nondimeno la *civile*, quantunque fondata sopra principii direttamente contrarii, pure, essendo stata introdotta ad imagine della *naturale*, venne sotto questo rapporto regolata nella stessa maniera:

Adgnationis quoque _gradus_ eodem modo numerantur (Inst. lib. 3. tit. 6. § 8. de grad. cogn.)

Due cose però sono speciali alla *parentela civile*. In prima il *Diritto civile* riconosce espressamente che il potere del *pater famillias*, sul quale si fonda la famiglia civile, si suppone esistere anche dopo la morte dì colui che fu autore della famiglia (3). In secondo luogo la famiglia *civile* aveva un' estensione maggiore della *naturale*: alcune volte si estendeva sino all' *ottavo grado*, ed altre sino al *decimo*:

Octavi gradus adgnato jure legitimi heredis, etsi non extiterit heres, possessio defertur (L. 9. D. lib. 38. tit. 8, unde cogn.)

Adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi _decimo gradu_ sit (Inst. lib. 3. tit. 5. § 5. de succ. cogn.)

(1) Ved. la Storia, ivi.
(2) Ved. la Storia lib. 1. cap. 3, § 4.
(3) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3. § 2, in fine.

Quando al carattere *naturale* della famiglia si univa anche il *civile*, dava nascimento ad una specie di *parentela* che prese il nome speciale di *affinità* (*adfinitas*), ed è perciò che i giureconsulti ne parlarono in occasione della cognazione:

Quoniam quaedam jura inter *adfines* quoque versantur, num alienum est de adfinibus quoque breviter disserere? (L. 4. § 3. D. lib. 38. tit. 10, de grad. et aff. et nom. eorum).

Erano considerati *affini* i parenti di uno degli sposi nel rapporto dell' altro:

Adfines sunt viri et uxoris cognati: dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque conjungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis (§ 3. ivi).

I loro nomi erano diversi secondo il luogo in cui figuravano nella parentela:

Nomina eorum haec sunt, socer, socrus, gener, nurus, noverca, vitricus, privignus, privigna (§ 4, ivi).

Anche l'affinità non aveva nè gradi nè linee, ma vi si applicavano anche per similitudine i gradi o le linee della parentela naturale.

Gradus *adfinitatis* nulli sunt (§ 4. ivi).

§ 3.

Origine della PATRIA POTESTAS *o della* FAMIGLIA CIVILE.

Fino a COSTANTINO non vi erano che due soli modi generali, o meglio due *istituti giuridici*, onde stabilire la *patria potestà*, e però fondare una *famiglia*. Essi erano il *matrimonio* (*matrimonium* o *nuptiae*), e l'*adozione* (*adoptio*). In questo senso MODESTINO diceva, che i *filii familias* o derivano dalla *natura* o dall'*adozione*:

Filiosfamilias* non solum *natura*, verum et *adoptiones

faciunt (L. 1. D. lib. 1. tit. 7 de adopt. et emanc. ecc.)
Se non che, coloro che nascendo non cadevano sin dalle prime sotto la *patria potestà*, vi potevano essere ridotti all' occasione di taluni *fatti giuridici* determinati da alcune leggi *speciali:*

> Aliquando evenit ut *liberi statim* ut nati sunt, parentum in *potestate* non fiant, at *postea* tamen redigantur in *potestatem* (Gajo, Com. 1. §. 65).

Questi casi sono quegli stessi in cui chi non era *cittadino* lo diveniva; dei quali abbiamo discorso in occasione dello *status civitatis* (1).

Tutti questi casi andavano sotto il nome di *causae probatio* o *causae erroris probatio* (2), ed erano stati nella maggior parte regolati alcuni dalla legge *Elia Senzia* (*lex Aelia Sentia*), altri dalla legge *Giunia Norbana* (*lex Iunia Norbana*), altri dal *Senatoconsulto Persiciano* (*Senatus consultum Persicianum*), altri da alcuni rescritti di Adriano e di Antonino. Di tali casi tratta Gajo (3); ma molti perdettero la loro importanza per un Senatoconsulto dell' imperatore Adriano, come risulta dallo stesso Gajo, e gli altri la perdettero per l' abrogazione stanziata da Giustiniano dell' antica distinzione che si faceva della libertà acquistata per mezzo della manomissione (4); ed è per questo che di essi non si trova alcuna traccia nella compilazione di lui.

Costantino creò un nuovo istituto giuridico, che venne a costituire un terzo modo di fondare la patria potestà o la *famiglia civile*. Esso è conosciuto nella scuola sotto il nome di legittimazione (*legitimatio*).

Laonde ai tempi di Giustiniano vi erano tre modi di

(1) Ved. lib. 1. cap. 2. § 1.
(2) Ved. Makeldey, nota al § 592 e 601.
(3) Comm. 1. §§ 66 e seg.
(4) Ved. cap. 2. Sez. 2. § 1.

stabilire la patria potestà, cioè il *matrimonio*, l'*adozione* e la *legittimazione*.

§ 4.

Matrimonium o *nuptiae*

Il *matrimonio* suppone l'*accoppiamento* dei *sessi*. Ma non ogni *accoppiamento* dei *sessi* custituisce un *matrimonio*. Per essere tale, deve essere abituale, e deve andare accompagnato da certe condizioni, le quali sono di tre specie: *naturali*, *morali* e *civili*. In questo senso Giustiniano disse che vi è matrimonio solo quando l'accoppiamento sia conforme a' precetti del diritto:

> **Justas nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum *precepta legum* coeunt (Inst. pr. tit. 10. lib. 1.)**

Modestino perciò lo definì l'unione del maschio e della femina collo scopo di stabilire un *consorzio* per tutta la vita, e di rendere comuni tutti i vantaggi nascenti dal Diritto divino ed umano:

> **Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, *consortium* omnis vitae, divini et humani juris *communicatio* (L. 1. D. lib. 23, tit. 2. de ritu nupt.)**

E Giustiniano disse, essere l'unione dell'uomo e della donna accompagnata da una *indivisibile dimestichezza* della vita.

> **Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens (Instit. lib. 1. tit. 9. § 1.)**

Certamente queste due definizioni non contengono gli stessi elementi; ma ciò deriva dalla differenza tra

l'antico ed il nuovo Diritto matrimoniale, come vedremo in appresso.

a) *Condizioni naturali*—Queste condizioni consistevano nell' *habitus corporis*, il quale, come abbiamo veduto altrove, si componeva di due elementi, cioè dell' *età* e della *sanità del corpo* (1).

Quanto all'*età*, non si permetteva il matrimonio se non a coloro che erano *puberi*, cioè a' maschi che aveano compiuto il quattordicesimo anno, ed alle donne che aveano compiuto il dodicesimo.

> **Iustae nuptiae inter se cives romani contrahunt ..... masculi quidem *puberes*, foeminae autem *viripotentes* (Inst. lib. 1. tit. 10.)**

Se avveniva il matrimonio prima di questa età, non cominciava a reputarsi *valido* se non dal momento che vi si perveniva. Ciò è detto apertamente per la *donna*, ma deve valere anche per l' *uomo* per una giusta analogia:

> **Minorem annis *duodecim* nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset *duodecim* annos (L. 4, D. lib. 23, tit. 2, de ritu nupt.)**

La legge *Papia Poppea* avea interdetto il matrimonio all' *uomo* di *sessanta* anni ed alla *donna* di *cinquanta*. Non pare che codesta proibizione fosse stata costantemente osservata, ma non fu abrogata prima di Giustiniano.

> **Sancimus, nuptias, quae inter masculos et foeminas majores vel minores sexagenariis vel quinquagenariis lege *Julia* vel *Papia* prohibitae sunt, homines volentes contrahere, et ex nullo modo, vel ex nulla parte tales nuptias impediri (L. 27. Cod. lib. 5. tit. 4. de nupt.) (2)**

(1) Ved. pag. 66.

(2) Ved. Brissonio de *jure connubii* (op. omn. pag. 359)—Einn. ad L.Pap. Popp.—Montesquieu, lib. 28, cap. 21.

Sotto il rapporto della *sanità*, il matrimonio si permetteva agli *spadones*, ma non ai *castrati*.

Si *spadoni* mulier nupserit, distinguendum arbitror *castratus* fuerit necne: ut in *castrato* dicas dotem non esse; in eo qui castratus non est, quia est matrimonium et dos, et dotis actio est. (L. 39, § 1. D. lib. 23 tit. 3, de jure dot.) (1)

b) *Condizioni morali*—L'unione doveva essere l'effetto del *consenso* degli sposi:

Nuptiae consistere non possunt nisi *consentiant*...... qui coeunt (L. 2. D. lib. 23 tit. 2, de ritu nupt.)

In conseguenza i *furiosi*, gl' *imbecilli* e i *dementi* non potevano contrarre matrimonio, perchè non erano capaci di manifestare il loro consenso.

Neque *furiosus* neque *furiosa* matrimonium contrahere possunt (Paolo, Sent. lib. 2 tit. 19, § 7.)

Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est (L. 16. § 2. D. lib. 23 tit. 2, de rit. nupt.)

Il matrimonio de' *furiosi* tuttavia era valido dove si fosse contratto ne' lucidi intervalli, secondo le regole generali (2).

Nè bastava la certezza del consenso prestato, ma era necessario che fosse stato prestato con *libertà*:

Neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisquam *cogi* potest: unde intelligis, *liberam facultatem* contrahendi atque distraendi matrimonii transferri ad *necessitatem* non oportere (L. 14. Cod. lib. 5. tit. 4. de nupt.)

Neppure al *patrono* era dato di costringere la *liberta*

(1) Ved. l. 6. D. lib. 28. tit. 2. de lib. et posth.
(2) Ved. pag. 58.

a prenderlo per marito, salvo se non l'avesse manomessa con questa condizione:

Invitam libertam *uxorem ducere* patronus non potest. Quod et ATEJUS CAPITO consulatu suo fertur decrevisse. Hoc tamen ita observandum est, nisi patronus ideo eam manumisit, ut uxorem eam ducat (LL. 28 e 29. D. lib. 23. tit. 2. de rit. nupt.)

Pare tuttavia che anticamente il solo *paterfamilias* potesse costringere i suoi figli a maritarsi. Ma questo potere fu tolto dalla legge *Papia Poppea*, il cui tenore venne riprodotto da una costituzione degl' Imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO:

Non *cogitur* filiusfamilias uxorem ducere. (L. 21 D. ivi.) Nec filium quidem familias invitum ad uxorem ducendam cogi, legum disciplina permittit. Igitur sicut desideras, observatis juris praeceptis, sociare conjugio tuo quam volueris, non impedieris: ita tamen ut contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat (L. 12. Cod. lib. 5 tit. 4, de nupt.)

Se non che, qualora il figlio lo avesse ciò nondimeno contratto *patre cogente*, si riteneva per valido.

Si *patre cogente* ducit uxorem, quam non duceret si *sui arbitrii* esset, *contraxit tamen* matrimonium: quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur (L. 22. D. lib. 23. tit. 2. de ritu nup.)

c) *Condizioni civili*—I *filiifamilias* dell'uno e dell'altro sesso in qualunque età non potevano maritarsi senza il precedente consenso di colui sotto la cui potestà si trovavano. Essendovi l' avo ed il padre, occorreva anche il consenso del *padre*, ma solo pei *maschi*:

Justas nuptias inter se cives romani contrahunt...... dum tamen, si *filiifamiliarum* sint, *consensum* habeant *parentum*, quorum in *potestate* sunt. Nam hoc fieri

debere et *civilis* et *naturalis ratio* suadet, in tantum ut *jussus* parentis *praecedere* debeat (Inst. lib. 1. tit. 10. pr. de nupt.)

Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur (PAUL. Sent. lib. 2. tit. 19, § 2.)

Nepote uxorem ducente, et *filius* consentire debet: neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas *avi* sufficiet (L. 16. § 1. ivi).

Da questo dovere non erano esenti neppure i militari:

Filiusfamilias miles matrimonium sine *patris voluntate* non contrahit (L. 35, D. lib. 23. tit. 2, de rit. nupt.)

E tale consenso una volta era così necessario, che se il *paterfamilias* fosse stato *furioso*, i *filiifamilias* dell' uno e dell' altro sesso erano nell' impossibilità di contrarre un valido matrimonio. I giureconsulti però del tempo classico della giureprudenza ritenevano che la figlia lo potesse far sempre, ed il figlio col permesso dell' imperatore. GIUSTINIANO tolse la differenza tra *figli* e *figlie*, e permise ancora che il curatore del *furioso* potesse costituire in favore delle *figlie* una *modesta dote*:

Si *furiosi parentis* liberi, in cujus potestate constituti sunt, nuptias possint contrahere, apud *veteres agitabatur*: et quidem *filiam furiosi* marito posse copulari, omnes pene juris *antiqui conditores* admiserunt: sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. In *filio* autem *familias dubitabatur*: et ULPIANUS quidem retulit Constitutionem Imperatoris MARCI, quae de *furioso* non loquitur, sed generaliter de *filiis mente capti*, sive *masculi*, sive *foeminae* sint, qui nuptias contrahunt: ut hoc facere possint etiam non adito Principe. Et aliam dubitationem ex hoc emergentem, si hoc, quod de *mente capto* Constitutio induxit, etiam in *fu-*

riosis obtinendum sit, quasi exemplo *mente capti et furiosi* filios adiuvantes. His itaque dubitatis, tales ambiguitates decidentes sancimus, hic repleri quod Divi Marci constitutioni deesse videtur: ut non solum *dementis*, sed etiam *furiosi* liberi *cujuscumque sexus* possint legitimas contrahere nuptias, tam dote, quam ante nuptias donatione a curatore eorum praestanda (L. 25 Cod. lib. 5 tit. 4 de nupt.)

Anche l' *assenza* una volta era di ostacolo ai *filiifamilias* dell'uno e dell'altro sesso a contrarre un valido matrimonio, e tra gli *assenti* erano annoverati anche quei che si trovavano prigionieri presso il nimico (*apud hostes*). Ma in appresso si stabilì che l'ostacolo venisse a cessare quando fossero scorsi tre anni dal giorno in cui il *paterfamilias* si fosse allontanato senza più dare notizie di se, o fosse divenuto *prigioniero*.

Si ita pater *absit*, ut ignoretur ubi sit et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur? Et, si *triennium* effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus ubi degit, et an superstes sit, non prohibentur liberi ejus utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere (L. 10. D. lib. 23, tit. 2, de rit. nupt.)

Is cujus pater ab hostibus captus est, si non intra *triennium* revertatur, uxorem ducere potest (L. 9, §. 1. ivi.)

Si filius ejus qui apud *hostes est*, vel *absit*, ante *triennium* captivitatis vel absentiae patris uxorem duxit; vel si filia nupserit: puto recte matrimonium vel nuptias contrahi, dummodo eam filius ducat uxorem vel filia tali nubat, cujus conditionem certum sit patrem non repudiaturum (L. 11. ivi.)

Qualora il *paterfamilias* era nel caso di consentire, ed era presente, una volta poteva opporsi al matrimonio de' figli anche quando non avesse avuto giuste ragioni di farlo. Ma la legge Giulia dichiarò che in questo caso il *Proconsole* o il *Preside* della Provincia po-

tesse, con cognizione di causa, permettere il matrimonio; e gl' imperatori SEVERO ed ANTONINO li autorizzarono anche a costituire una modesta dote:

Capite trigesimoquinto legis *Juliae*, qui liberos, quos habent in potestate, *injuria* prohibuerint ducere uxores vel nubere (vel qui dotem dare non volunt, ex Constitutione Divorum SEVERI et ANTONINI), per Proconsules, Praesidesque Provinciarum coguntur in matrimonium collocare et *dotare*. Prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit (L. 19, D. lib. 23 tit. 2 de ritu nupt.)

La stessa autorità competeva una volta ai *tutori*, ai quali andavano soggette le donne per ragione del loro sesso (*propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*), quando contraevano un matrimonio *soggetto* (*cum manu*); poichè, come attesta CICERONE, senza il loro consenso non poteano essere privati della loro autorità.

Nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate diminui (1).

E GAJO aggiunge che non vi poteano neanco esser costretti senza gravi ragioni (2).

Ma questo istituto della *tutela foeminarum* non figura nel Diritto nuovo (3).

Coloro che in qualunque modo erano usciti dalla patria potestà, non aveano bisogno del consenso del padre. Si fece in tempo dell' impero eccezione soltanto per le figlie, quando non avessero compiuti gli anni *venticinque*. Esse non poteano contrarre matrimonio senza il parere del padre, ed in sua mancanza della madre, intesi in questo secondo caso anche i parenti.

(1) Pro Flacco, n. 24. Ved. JHERING, vol. 2. § 36.
(2) Comm. 1. § 192.
(3) Ved. ciò che diremo in appresso di questo istituto.

Ed essendo priva di entrambi i genitori, e richiesta da più persone, apparteneva la scelta al giudice locale ed ai parenti (1).

Gli sposi dovevano godere il *jus connubii* (2).

Justum matrimonium est si inter eos qui nuptias contrahunt *connubium* sit: et tam masculus pubes, quam foemina *potens sit*: et utrique consentiant, si sui juris sunt; aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt. *Connubium* est *uxoris jure ducendae* facultas (Ulp. reg. tit. 5. § 2 e 3.)

In conseguenza i *servi* erano incapaci di contrarre matrimonio perchè non aveano *jus connubii*:

Cum servis nullum est matrimonium (ivi § 5.)

Non è già che non si permetteva loro l'unione sessuale; ma essa non solo non produceva alcuno effetto proprio del matrimonio, ma non ne aveva neanche il nome, appellandosi *contubernium*.

Servi ob violatum *contubernium* suum adulterii crimine accusari non possunt (L. 23. Cod. lib. 9 tit. 9. ad leg. Jul. de adult.)

Ma non bastava neanche esser *libero*; bisognava esser *cittadino romano*. Se non che, potendo gli stranieri essere ammessi al *jus connubii*, il matrimonio legitimo poteva aver luogo non solo tra i *cittadini romani*, ma eziandio tra essi e gli *stranieri* che avessero avuto il *jus connubii*. Prima però che si abolisse la *latinità* (3), di essa si avea una particolare considerazione. Or alcuni accordarono ai Latini per regola anche il *jus connubii*; ma un testo di *Ulpiano* sembra provare il contrario:

Connubium habent *cives* romani cum *civibus* roma-

(1) L. 20. Cod. lib. 5. tit. 4. de nupt.

(2) Ved. § 1. di questa sez.

(3) Ved. § 1. Sez. 2.

nis; cum *latinis* autem et *peregrinis*, ita si concessum sit. (Reg. tit. 5, § 4) (1).

Quando nel primo periodo esisteva ancora l' originaria differenza tra *patrizii* e *plebei*, il *jus connubii* non si aveva che dai soli *patrizii*. I *plebei* non l' acquistarono che con la legge *Canuleja* (anno 310) (2).

§ 5.

Continuazione — Impedimenti.

Non ostante il concorso di tutte queste condizioni, poteva il matrimonio essere *inefficace* per talune cause le quali toglievano a tutte le persone o ad alcune soltanto l'*esercizio* del *jus connubii*. Codeste cause sono state chiamate dai romanisti *impedimenti*, ad esempio dei *canonisti*, e questi da taluni sono stati anche suddivisi in *impedienti* e *dirimenti*, *assoluti* e *relativi* (3). Essi sono stati anche classificati secondo la natura dei fatti che ne costituiscono il fondamento (4). Non potendo tuttavia stabilire un metodo rigoroso di classificazione, meglio è non seguirne alcuno, ed esporre queste cause secondo la loro maggiore o minore importanza.

a) Senza dubbio una delle più importanti era l'*esistenza* attuale di un *primo matrimonio*. Pare che i Romani non avessero mai dubitato che la *bigamia* contemporanea non fosse compatibile coll'ordinamento ed il concetto che essi aveano della *famiglia*, al quale il matrimonio era

(1) Ved. la Stor. lib. 1. cap. IX. § 5.

(2) Ved. la Storia, cap. 13. § 3. e pag. 150 e 151 h. op.

(3) Ved. MAYNZ, § 374 n. 31. BURCHARDI, § 100 e seg. Si riconosce però che per Diritto romano tutti gl'*impedimenti* erano *dirimenti*, tranne in un sol caso (Ved. la n. 10, a pag. 174.

(4) Ved. EINN. Inst. lib. 1 tit. 10 § 151.

destinato ; ed era così fermo il loro convincimento, che non credettero per lunghissimo tempo di dover provvedere alla possibile violazione di codesto principio (1). Ma quando i costumi cominciarono a deviare dalla loro originale purezza, i primi casi di *bigamia* richiamarono l'attenzione di coloro che erano deputati al mantenimento del pubblico costume. I *Censori* punirono gli autori con una nota d' infamia ; il quale provvedimento venne riprodotto dall'*Editto* del Pretore del quale abbiamo discorso altrove (2).

Infamia notatur...... qui suo nomine, non jussu ejus in cujus potestate esset, ejusve nomine quemve quamve in potestate haberet, *bina sponsalia binasve nuptias* in eodem tempore constitutas habuerit (L. 1. D. lib. 3. tit. 2. de his qui not. infam.)

Pare che questo provvedimento fosse stato bastevole a conservare al matrimonio la primitiva dignità; ma sullo scorcio della repubblica il mal costume ebbe tanta influenza, da sedurre uomini di conosciuta serietà ad autorizzare la *bigamia* mediante una legge speciale. Svetonio narra a questo proposito che Cesare avesse incaricato il Tribuno Elvio Cinna a farne la proposta (3). Codesta legge però non ebbe mai luogo. Ciò non di meno Plutarco narra che Marco Antonio avesse avute due mogli (4). Il suo esempio non trovò però imitatori. Tuttavia s'intese il bisogno di proibire la *bigamia contemporanea* espressamente.

(1) Alcuni credono che ciò accadesse perchè chi passava ad un secondo matrimonio si reputasse repudiare tacitamente il primo (Ved. Jhering lib. 2. § 37.).

(2) Ved. pag. 134 e seg.

(3) In Caesarem. § 52. Ved. Troplong, Infl. du Christ. sur le Dr. rom. chap. V. Alcuni pretendono che Cesare spingesse Cinna a fare stanziare non una legge *generale*, ma un privilegio solo per se (Ved. i Com. al detto §).

(4) In vita Antonii. Ved. Troplong, ivi.

L' imperatore VALERIANO (anno 259) stabilì che andasse punito come autore di *stupro* ed incorresse nell' *infamia* chi, avendo una moglie, ne prendesse una seconda:

Eum qui *duas simul* habuit *uxores*, sine dubitatione comitatur *infamia*. In ea namque re non juris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur. Verumtamen, ei qui te ficto coelibatu, cum aliam matremfamilias in Provincia reliquisset, sollecitavit ad nuptias, etiam *crimen stupri*, a quo tu remota es, quod uxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo solemniter inferetur (L. 18. lib. 9. tit. 9. cod. ad leg. Iul. de adult.)

Gl'Imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO poi (anno 286) lo punirono coll' *infamia* e ad arbitrio del Preside:

Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, *binas uxores* habere posse vulgo patet: cum etiam in Edicto Praetoris hujusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens *judex* inultam esse non patietur (L. 2. Cod. lib. 5. tit. 5. de incert. e inut. nupt.)

VALENTINIANO I (anno 364), avendo contratto un secondo matrimonio nell'esistenza del primo, credè di legittimarlo pubblicando una costituzione colla quale si permetteva di avere contemporaneamente due mogli; ma caddero nel pubblico disprezzo la legge ed il suo autore (1).

b) Di eguale e forse di maggiore importanza per la prosperità della famiglia, facendo astrazione da tutte le ragioni fisiche e morali che pur si potrebbero far valere, sono i rapporti di *parentela* ne'quali si trovano le persone che vorrebbero contrarre matrimonio (2).

(1) BRISSONIO, de *jur. conn* Opera Omnia. pag. 384. e seg.—EINN. Antiq. Rom. lib. 1. tit. 10. § 18.

(2) Ved. TROPLONG, De l'infl. du Christian sur le Dr. civ. des Rom. chap. V.

Se non che, essendo la *parentela* più o meno prossima, secondo il numero delle generazioni, si restrinse la proibizione del matrimonio ai soli gradi ne' quali la possibilità di un' unione coniugale avrebbe potuto turbare i riguardi dovuti alla santità delle domestiche relazioni. Perciò fu proibito il matrimonio in *linea retta* all'infinito, e nella *linea collaterale* sino al *terzo grado*, sia tra *agnati* qualunque fosse l' origine dell' *agnazione* (1), e sia tra *cognati*. Questa proibizione venne stanziata tanto dal Diritto *antico* quanto dal *nuovo*, e le nozze tra queste persone furono qualificate di *incestuose* e *nefarie*.

Si faceva eccezione pel *Diritto intermedio* nella linea *collaterale* in *terzo grado*, permettendo il matrimonio colla *figlia* del *fratello*, sull'esempio dell'Imperatore Claudio, che sposò Agrippina nipote *ex fratre*; ma questa eccezione venne a cessare nel *Diritto nuovo*:

Non omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstineri debemus.

Inter eas enim personas, quae *parentum liberorumve* locum inter se obtinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas *connubium* est: velut inter *patrem* et *filiam*, vel *matrem* et *filium*, vel *avum* et *neptem*; et si tales personae inter se coierint, *nefarias* atque *incestas nuptias* contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per *adoptionem* parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio conjungi........

Inter eas quoque personas, quae ex *transverso gradu* cognatione junguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta.

Sane inter *fratrem* et *sororem* prohibitae sunt nup-

(1) Ved. pag. 153 e 159.

tiae, sive eodem *patre* eademque *matre* nati fuerint, sive alterutro eorum: sed si qua per *adoptionem* soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere . . . . .

Fratris filiam uxorem ducere licet, idque primum in usum venit cum Divus CLAUDIUS AGRIPPINAM, *fratris* sui *filiam*, uxorem duxisset; *sororis* vero *filiam* uxorem ducere non licet: et haec ita principalibus constitutionibus significantur. Item *amitam* et *materteram* uxorem ducere non licet (GAJO, Com. 1. §§ 58 a 62. Istitut. lib. 1 tit. 10. § 1. e seg.)

Nemini liceat contrahere matrimonium cum *filia*, nepte vel *pronepte*: itemque cum *matre*, *avia* vel *proavia*: et ex *latere amita* ac *matertera*, *sorore*, *sororis filia* et ex ea *nepte*: praeterea *fratris tui filia* et ex ea *nepte* (L. 17. Cod. lib. 5. tit. 4 de nupt.)

A similitudine dell'agnazione e della cognazione fu proibito il matrimonio tra gli *affini*, in *linea retta* all'infinito:

Affinitatis quoque *veneratione* a quarundam nuptiis abstinere necesse est, ut ecce: *privignam* aut *nurum* uxorem ducere non licet, quia utraeque *filiae loco* sunt... *Socrum* quoque et *novercam* proibitum est uxorem ducere, quia *matris loco* sunt (Instit. lib. 1. tit. 10, § 6 e 7.)

Ma nel *Diritto nuovo* fu proibito il matrimonio anche tra i *cognati*:

Fratris uxorem ducendi, vel *duabus sororibus* conjungendi penitus licentiam summovemus, nec dissoluto quoquo modo conjugio (L. 5. Cod. lib. 5. tit. 5. de incert. et inutil. nupt. Institut. ivi § 7.)

c) Di minore importanza erano tutte le altre cause, le quali non furono neanche riconosciute in tutti i tempi. Così una volta era proibito il matrimonio fra gl'*in*-

genui ed i *libertini* (1); fra i *Senatori* o i loro figliuoli e le persone di condizione *abietta* o *turpe* (2); tra gli uomini *liberi* e le persone designate e convinte di *lenocinio* o *licenziosa vita* o *i commedianti* (3). Ma queste proibizioni furono tolte, la prima dalla legge Papia Poppea (4), le due ultime da Giustiniano (5).

Era proibito il matrimonio tra l'*adultera divorziata* ed il *complice*, vivendo il primo marito (6); fra il *rapitore* e la *rapita* (7).

Sembra essere stato sempre proibito il matrimonio tra i *magistrati* o i loro figliuoli e le persone soggette alla loro giurisdizione dopo lo stabilimento delle Provincie (8); tra il *tutore* o il *curatore* o i loro figliuoli e le persone soggette al loro ufficio durante l'esercizio dello stesso (9); alla *donna divorziata* o restata *vedova* nell' anno posteriore al *divorzio* o alla *morte* del marito, *propter turbationem sanguinis* (10).

d) La religione non prendeva una volta alcuna parte all'esercizio del *jus connubii;* laonde non era interdetto di contrarre matrimonio nè alle persone che professavano *differenti religioni*, nè a coloro che si dedicavano al sacro ministero della religione dello Stato,

(1) Arg. a contr. dalle LL. 23. 27. 44. D. lib. 23. tit. 2. (de rit. nupt.) Ved. Einn. ad L. Jul. et Pap. lib. 2 cap. 1. 2.

(2) LL. 23. 42. § 1. 44. D. lib. 23. tit. 2. (de ritu nupt.)

(3) Ulpiano, tit. 16. § 2.

(4) L. 23 D. lib. 23 tit. 2. (de rit. nupt.)

(5) Ved. nov. 117 cap. 6.

(6) L. 26. D. lib. 23 tit. 2 ivi, Novella 134 cap. 12.

(7) L. un. Cod. lib. 9. tit. 13 (de raptu virg.) Nov. 143.

(8) LL. 38 e 57. D. lib. 23. tit. 2. (de rit. nupt.)

(9) LL. 36 e 53. D. ivi.

(10) LL. 11 D. lib. 23 tit. 2. (de his qui not. inf.) e 1. Cod. lib. 5. tit. 9. (de secundis nupt.) Si ritiene che in questo caso il matrimonio non fosse *nullo*, ma la donna andasse soggetta all'infamia e ad alcune pene.

tranne alle VESTALI (1). Ma divenuta dominante la *religione cristiana*, fu interdetto, come abbiam veduto, l'uso del matrimonio a'*Cristiani* che volessero coniugarsi coi *Giudei*, ed ai *chierici* e *claustrali* (2).

Ora in generale un matrimonio contratto in uno dei casi in cui o mancava una delle *condizioni*, o vi era qualche *impedimento*, era *inefficace* ed era chiamato *ingiusto* (*injustum matrimonium*):

> Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec *vir*, nec *uxor*, nec *nuptiae*, nec *matrimonium*, nec *dos* intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur, in *potestate patris* non sunt; sed tales sunt (quantum ad *potestatem patris* pertinet) quales sunt ii quos mater *vulgo concepit*. (Instit. lib. 1 tit. 10, § 12.)

Tuttavia in alcuni casi si lasciavano sussistere gli effetti del matrimonio nell'interesse de' figli, e talvolta anche degli sposi, quando fossero stati in buona fede, o come si dice nella scuola, nel caso di matrimonio *putativo* (3).

§ 6.

Forme colle quali il matrimonio si poteva contrarre

Per tutto il primo ed il secondo periodo il matrimonio ebbe due *forme*, secondo l'effetto che produceva. La donna poteva rimanere *indipendente* dall'*autorità* del marito, e poteva divenire *soggetta* ad essa. Nel primo caso il matrimonio era *libero*, e nel secondo *soggetto*, o come si dice nelle fonti, nel primo caso era *sine manu*, nel secondo *cum manu*.

Per contrarre il matrimonio *libero* (*sine manu*) ba-

(1) Ved. BRISSONIO (de jure connubii in fine).

(2) Ved. il § 3. Sez. 2.

(3) Ved. ciò che diremo in fine del § seguente.

stava il *consenso* degli sposi, quando però concorrevano tutte le altre condizioni delle quali si è parlato nel paragrafo secondo, e non vi era alcun impedimento nel senso del paragrafo terzo.

Ma per avere il matrimonio *soggetto* (*cum manu*), bisognava che fosse stato accompagnato da uno di questi tre atti: dall' *usus*, dalla *coemptio* o dalla *confarreatio*:

> Olim *tribus* modis (foeminae) *in manum* conveniebant, *usu*, *farreo*, *coemptione* (GAJO, Com. 1, § 110.)

La donna cadeva sotto la potestà del marito mediante l' *usus*, quando conviveva con lui spontaneamente e col consenso del *paterfamilias*, o del *tutor* (1) per un *anno* intero. Laonde la *donna* che voleva conservare la sua *indipendenza*, si doveva allontanare per *tre notti* dalla casa maritale *(per trinoctium)*.

> *Usu in manum* conveniebat, quae *anno continuo* nupta perseverabat: nam velut *annua possessione* usucapiebatur, in *familiam viri transibat*, *filiaeque* locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua *nollet* eo modo *in manum* mariti convenire, ut *quotannis trinoctio* abesset, atque ita *usum* cujusque anni interrumperet (Ivi § 111.)

Vi andava soggetta mediante la *confarreatio*, quando l'unione conjugale veniva santificata da un *sacrifizio*, dove figurava principalmente il *farro*, seguito da altre solennità, ciascuna delle quali aveva un *mistico* significato che venne diversamente spiegato dai *giureconsulti* e dai *filologi* (2).

> *Farreo in manum* conveniunt per quoddam genus *sa-*

(1) Come donna e non come pupilla (*tutela foeminarum*, e non *impuberum*). Ved. ciò che diremo di questa tutela in appresso.

(2) Ved. BORZIO citato nel Com. alla Topica di CICERONE, lib. 2. cap. 3. EINN. antiq. rom. lib. 1. tit. 10—BRISS. de ritu nupt.

crificii, quo uti *farreo* debent, id est, quo *farreus panis* adhibetur; unde etiam *confarreatio* dicitur. Sed complura praeterea hujus juris ordinandi gratia cum *certis et solemnibus verbis*, praesentibus *decem testibus*, aguntur et fiunt. (Ivi § 112.)

Aveva luogo finalmente mediante la *coëmptio*, quando la donna si dava al marito mediante una *vendita imaginaria*, fatta però con le stesse condizioni colle quali nell'antico Diritto si faceva la *vendita vera*, cioè alla presenza di *cinque testimoni* cittadini romani, di un *libripens* e di un *antestatus* (1).

Coëmptione in manum conveniunt per *mancipationem*, id est per *quamdam imaginariam venditionem*, adhibitis, non minus quam *V testibus*, civibus romanis puberibus, item *libripende*, praeter mulierem eumque cujus in manum convenit. (Ivi § 113.)

Alcuni pretendono che la *mancipatio* avesse per oggetto principale i *beni*, e per conseguenza la *persona* (2); altri, che la donna potesse figurare da soggetto *passivo* ed *attivo* della *coëmptio* (3); ma entrambe queste opinioni ripugnano col testo.

Noi non istaremo ad esaminare tutte le quistioni alle quali questi tre modi di contrarre matrimonio *cum manu* hanno dato luogo presso gl' interpetri tanto antichi quanto moderni (4). Solo è necessario osservare non sembrar vero che l'*usus* e la *coëmptio* si praticassero dai soli *plebei*, e che la *confarreatio* fosse propria de'*patrizii* (5); o almeno che essendo l'*usus* e la *coëmptio* comuni tanto a' *plebei* quanto a' *patrizii*,

(1) Ved. GAJO, Comm. 1. § 119 a 122—ULP. Reg. tit. 19 § 3-6.
(2) Ved. BÖCKING, Istit. § 46, e la nota di WALTER al § 480 n. 33.
(3) Ved. BRISSONIO de ritu nupt. EINN. antiq. rom. l. c.
(4) Ved. i citati autori, e WALTER, § 478.
(5) Ved. la nota 1. al § 550 del MAKELDEY.

i primi fossero sempre esclusi dalla *confarreatio* (1). Imperocchè, avendo noi ritenuto che fino alla legge *Canuleja* i *plebei* non avessero il *jus connubii*, dobbiamo anche ritenere che fino a codesta legge essi non potessero contrarre matrimonio di niuna maniera, nè *cum manu*, nè *sine manu;* e quando fu loro conceduto, la concessione fu fatta senza alcuna distinzione (2).

Ma che che sia anche di questa quistione, egli è certo che tali forme andarono successivamente a perdere la loro primitiva importanza, e però ogni matrimonio divenne *libero*, cioè *sine manu*. Il primo a cessare fu l'*usus*, il quale da principio non fu più praticato, e di poi fu dalle leggi espressamente abolito:

> **Hoc totum jus, partim *legibus sublatum* est, partim ipsa *desuetudine obliteratum* est.** (Ivi § 111.)

Un Senatoconsulto del tempo di Adriano abrogò anche la *coëmptio:*

> **Hanc necessitatem *coëmptionis* faciendae, ex auctoritate Divi Hadriani Senatus remisit** (Ivi § 115.)

La sola *confarreatio* durava tuttavia a' tempi di Gajo: ma si praticava soltanto da quelle famiglie le quali aspiravano all' onore di avere i sacerdoti detti *flamini diali*, *marziali*, *quirinali*, alle quali funzioni erano destinati solo quelli che nascevano da matrimonii contratti *confarreatione*.

> **Quod jus etiam nostris temporibus in usu est. Nam *flamines* majores, id est *diales, martiales, quirinales,* sicut reges sacrorum, nisi sint confarreatis nuptiis nati, inaugurari non videmus.** (Ivi § 112.)

Dopo adunque l'abolizione di codeste forme, i matri-

(1) Boezio, n. alla Top. di Cic. 3. Alex. ab Alexandro, Gen. lib. 2. n. 5.

(2) Ved. la Storia, lib. 1 cap. 13. § 3.

monii si solevano celebrare col solo *consenso*, la cui manifestazione non era soggetta ad alcuna *forma*, potendosi dare a *parole* ed *in iscritto*, *espressamente* e *tacitamente* (1). Vero è che solevasi spesso darlo mediante *scrittura* pubblica o privata, o alla presenza di alcune persone, le quali erano quasi sempre gli amici di entrambi gli sposi; ma la *scrittura* o i *testimonii* erano in tutti i casi richiesti *causa probationis* e non *causa solemnitatis*, come si disse di poi nella scuola, essendo il matrimonio soggetto alle regole generali in materia di pruova:

Fiunt.... scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius *probari* possit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat *probationem*; sicut et *nuptiae* sunt, licet *testatio sine scriptis* habita est. (L. 4. D. lib. 22 tit. 4 de fid. instr.

Jubemus, ut quicumque mulierem *cum voluntate parentum*, aut si parentes non habuerit, *sua voluntate* maritali *affectione* in matrimonium acceperit, etiam si *dotalia instrumenta* non intercesserint, nec dos data fuerit, tanquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, *firmum conjugium* eorum habeatur: non enim *dotibus*, sed *affectu* matrimonia contrahuntur. (L. 11. Cod. lib. 5 tit. 17 de dote cauta non num.)

Neque *sine nuptiis instrumenta* facta ad probationem *matrimonii* sunt idonea, diversum veritate continente: neque *non interpositis instrumentis, jure contractum matrimonium* irritum est: cum *omissa quoque scriptura*, caetera nuptiarum indicia non sint *irrita*. (L. 13. Cod. lib. 5. tit. 4. de donat. ante nupt.)

Codesto sistema fu in vigore non solo fino alla compilazione di GIUSTINIANO, ma eziandio per parecchi anni

(1) Ved i testi che sieguono, e WALTER, § 492.

posteriori, essendo stato riconosciuto colla Novella 22 cap. 3:

Nuptias affectus alternus facit, *dotalium* non egens augumento.

Si faceva eccezione in tre soli casi: cioè quando si voleva sposare la *concubina* (1), la *schiava* (2) o la *liberta* (3).

Giustiniano ve ne aggiunse un quarto, in favore delle persone *illustri*. Dapprima stabilì che il loro matrimonio poteva essere fatto o alla presenza del *defensor* della Chiesa del luogo dove gli sposi stanziavano e di tre testimonii; o manifestando il loro consenso in *iscritto* (*instrumenta dotalia*) (4). Di poi richiese l'una e l'altra condizione:

Quia legem dudum protulimus, jubentem aut *dotalia fieri documenta*, aut alias probationes procedere factas apud *ecclesiae defensores*, per quas nuptias competat confirmari, aut certe sacramenta praeberi: in praesenti perspeximus melius disponere ea quae de his pridem sancita sunt. Et propterea jubemus eos qui *maximis dignitatibus decorati* sunt, usque ad *illustres*, non aliter nuptias celebrare, nisi *dotalia scribantur instrumenta* (Novella 117 cap. 4).

Nel primo e secondo periodo il matrimonio doveva essere preceduto dagli *auspicii* (5); e nel terzo dopo lo stabilimento del cristianesimo soleva accompagnarsi colla *benedizione sacerdotale*, come dimostrò Gotofredo (6), e come sembra risultare dalle parole *nuptiarum festi-*

(1) L. 5 ed 11 Cod. lib. 5. tit. 27. (de natur. lib.)
(2) L. un. § 3. Cod. lib. 7. tit. 6. (de lat. lib.)
(3) L. 23. § 7. Cod. lib. 5. tit. 4 (de nupt.)
(4) Nov. 74.
(5) Ved. Cic. de divinat. I. 16. 46. Valer. Max. II. 1. § 1.
(6) Com. alla leg. 3. Cod. Th. lib. 3. tit. 7. de nupt. Ved. pure Nov. di Giust. 74 § 1. e di Leone 89. Troplong, p. 2. cap. 7.

vitas, che s' incontrano in una Costituzione di GIUSTINIANO (1).

In qualunque maniera ed in qualunque tempo avvenisse la manifestazione della volontà, occorreva sempre che la donna si trasferisse nella casa del marito (*deductio in domum viri*):

> **Mulierem absenti per literas ejus vel per nuncium posse nubere placet, si in *domum* ejus *deduceretur*: eam vero quae abesset, ex literis vel nuncio suo *duci* a marito non posse: *deductione* enim opus esse in *mariti*, non in *uxoris domum*, quasi in *domicilium matrimonii* (L. 5. D. lib. 23. tit. 2, de rit. nupt.)**

Il quale trasferimento una volta si faceva con molta pompa e con certi simboli relativi alla condizione che doveva la donna occupare nella casa del marito (2).

Ma che cosa rappresentava la *deductio in domum*? Era una *formalità* come si usa ai nostri tempi, una *condizione* per la validità, o un altro *mezzo* di pruova? Gl'interpetri antichi la consideravano o come una semplice *formalità* di uso (3), o come una *pruova* maggiore di *pubblicità* (4). Ma tra i moderni, alcuni si associarono agli antichi (5); altri considerarono la *deductio in domum* come requisito per la *perfezione* del matrimonio. Assimilando essi il *matrimonium* al contratto di *vendita*, equipararono la *deductio* alla *traditio* (6). Riserbando

(1) L. 24. Cod. lib. 5. lib. 4 (de nupt.) Ved. TROPLONG, ivi.

(2) Ved. PLUTARCO, Quaest. Rom. § 29. EINN. antiq. rom. lib. 1. tit. 10.

(3) WALTER, § 492.

(4) GOTOFREDO, Cod. Theod. Vol. 2. p. 376—EINN. Pand. lib. 23. § 175. UBERO, Praelect. jur. lib. 1. tit. 10. § 1.

(5) DUCAURROY, Inst. lib. 1. tit. 10.

(6) ORTOLAN, *Explicat*, *hist*. lib. 1. tit. 10. Ved. GIBELIN. Etudes sur le droit civil des Hindous, tit. 1, il quale fa derivare questa formalità dall'Oriente, e la ritiene come essenziale.

ad altro luogo il vedere se il matrimonio si possa considerare come *contratto*, crediamo che anche quando si voglia assimilare alla *vendita*, la *deductio* non si potrebbe mai qualificare come condizione per lo perfezionamento del matrimonio, poichè anche la *tradizione* nella vendita era necessaria nel rapporto dei *terzi* e non delle *parti* (1).

Ma ritenendo come necessaria la presenza della donna nella casa maritale, oltre di essa e delle forme delle quali abbiamo discorso, null' altro era richiesto per la validità del matrimonio. Le fonti dicono chiaramente che il *concubitus* non era necessario:

Nuptias non *concubitus*, sed *consensus* facit (L. 30 D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

§ 7.

Continuazione — Sponsali (sponsalia).

Gli sponsali facevano parte delle forme del matrimonio. In qual epoca furono introdotti gli sponsali? Erano un' istituzione di origine romana o di origine straniera? Alcuni credono che fossero di origine latina, e non essere perciò più antichi della guerra sociale, in seguito della quale cominciò l' assimilazione de' Romani con gli altri popoli d'Italia (2). Ma in qualunque tempo fossero stati introdotti, e da qualunque popolo ricevuti, certa cosa è che non furono stanziati con una legge, ma ammessi per consuetudine *(moribus)* (3).

Erano gli sponsali una promessa di un futuro matrimonio, la quale si faceva mediante una *sponsio*, cioè

(1) Ved. Inst. lib. 3. tit. 23. § 3. e lib. 2. tit. 1. § 40-41.
(2) Aulo Gellio, Noct. Att. lib. 4. cap. 4; Einn. antiq. lib. 3. § 20.
(3) Ved. il testo seguente.

una solenne dichiarazione a parole, con dimanda e risposta. Perciò prese il nome di *sponsali* (*sponsalia*), come le parti presero il nome di sposi (*sponsus et sponsa*):

Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. (L. 1. D. lib. 23. tit. 1. de sponsal.)

Sponsalia dicta sunt a _spondendo_: nam _moris_ fuit veteribus _stipulari_ et _spondere_ sibi uxores futuras (L. 2. D. ivi.)

Unde et _sponsi sponsaeque_ appellatio nata est. (L. 3. ivi.)

Gli sponsali precedevano il matrimonio; ma contenendo la possibilità di questo, ne dovevano riunire tutte le condizioni, tranne una sola, cioè l' età della *pubertà*, bastando per essi che gli sposi avessero compiuto il *settimo* anno:

In sponsalibus contrahendis, aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis; quapropter et a _primordio_ aetatis _sponsalia_ effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona _intelligatur_, id est si non sint minores quam _septem annis_ (L. 14 D. ivi.)

Inoltre, a differenza del matrimonio, potevano essere sottoposti a *condizione* o a *termine* (1).

In qualunque maniera celebrati non davano luogo ad alcuna azione per l' adempimento della promessa, ripugnando la coazione alla libertà del matrimonio. Solamente quando vi era stata un'arra (*arrha*), la perdeva chi recedeva dalla promessa (2).

(1) Ved. MAKELDEY, § 151.
(2) L. 1. Cod. lib. 5. tit. 1. (de spons).

§ 8.

Modo onde dal matrimonio derivi la famiglia.

Il matrimonio è destinato, come si è veduto, a conjugare due esseri di diverso sesso, per uno scopo comune, che consiste nel *consorzio* per tutta la vita e nella *procreazione* dei figli. Il coniugio importa essenzialmente una *gerarchia*, senza la quale non potrebbe avere una lunga durata, attesa la possibilità della *contraddizione* alla quale potrebbe dar luogo l'*arbitrio* individuale di coloro che lo costituiscono.

Questa necessità della *gerarchia* dette origine al nome di *familia*, da *famulare*, che nell'antica lingua del Lazio significava *sottomettere* (1). La *famiglia* dunque comincia col *conjugio*, ed è per questo motivo che i *soggetti* di esso prendevano i nomi di *paterfamilias* e *materfamilias* subito dopo la celebrazione del matrimonio.

Quando al conjugio seguiva la *nascita* de' figli per parte della donna conjugata, questi figli entravano necessariamente a far parte della famiglia alla quale ella apparteneva, per una *presunzione* di diritto, che il loro padre fosse il *marito* di lei:

> . . . . Semper (*mater*) certa est, etiamsi vulgo conceperit. *Pater* vero is est quem *nuptiae* demonstrant (L. 5. D. lib. 2. tit. 4. de in jus voc.).

Codesta *presunzione* però supponeva due condizioni di fatto: cioè la certezza del matrimonio, ed il *concepimento* del figlio durante lo stesso, facendo astrazione dal tempo della nascita.

a) La certezza del matrimonio si stabiliva mediante

(1) Ved. i testi a pag. 179.

la pruova di esso, sia con titoli, sia con testimoni secondo la condizione delle persone:

. . . Lege decrevimus quid in iis quidem, qui fortunae dignitate provecti sunt, quid autem in mediocri hominum statu agendum sit ad demonstrationem legitimarum nuptiarum: quid vero deinceps permissum est plebi (Nov. 89. cap. 1.) (1).

Tuttavia il matrimonio si *presumeva* quando due *persone libere* ed *ingenue*, di diverso sesso, vivevano come marito e moglie, e per tali erano stati riconosciuti dai vicini, o come si dice oggi, erano in *possesso dello stato di conjugi.*

Si vicinis vel aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus *veritas matrimonii* aut susceptae filiae suam habet potestatem. (L. 9. Cod. lib. 5. tit. 4, de nupt.)

b) A giudicare poi dell'*epoca* del *concepimento*, bisogna qui richiamare la distinzione fatta altrove de' parti *precoci* e de' parti *ritardati*. I parti *precoci* si reputavano *conceputi durante* il matrimonio, quando fossero *nati* dopo il *settimo* mese dalla data del matrimonio, sia che fossero nati *vivi*, sia *vitali*. Nascendo prima del *settimo* mese, si reputavano *conceputi* durante il matrimonio qualora non fossero nati *vitali*; nel caso contrario si reputavano *conceputi* prima del matrimonio. In questo senso è sembrato che si debba intendere il seguente testo di Paolo, che apertamente venne dall'autore ristretto a stabilire le *condizioni* per riconoscere quando la *prole* sia o no *legittima*, mentre vo-

(1) Ved. pag. 179-180.

lendolo estendere, come fanno taluni, alla quistione circa gli elementi che costituiscono l'*esistenza di fatto* dell'*umana personalità*, dette luogo a diverse interpetrazioni (1).

Septimo mense nasci *perfectum partum*, jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, *eum qui ex justis nuptiis septimo mense* natus est, *justum* filium esse (L. 12. D. lib. 1. tit. 5. de stat. hom.)

I parti *ritardati* al contrario si reputavano *concepiti* durante il matrimonio qualora nascevano al più tardi *dieci* mesi dopo lo scioglimento del matrimonio. Nascendo dopo il *decimo mese*, si reputavano *concepiti* dopo il matrimonio (2).

Non ostante l'esistenza delle dette condizioni, la presunzione cessava in due casi:

1) Quando il marito fosse stato assente per tanto tempo, da non poterglisi assolutamente attribuire la procreazione del figlio.

2) Quando poteva dimostrare che per *infermità*, o per altra *causa* egualmente grave, o per *impotenza* si fosse trovato nella medesima *impossibilità*:

Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus *abfuisse* maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, *hunc non esse mariti filium*. Non tamen ferendum Julianus ait, eum qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium adgnoscere, quasi *non suum*; sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum *aliquamdiu* cum uxore non *concubuisse infirmitate interveniente*,

(1) Ved. pag. 54.

(2) Ved. il testo di Ulp. al cap. 1. § 3.

vel *alia causa*; vel si ea *valetudine* paterfamilias fuit, ut *generare* non possit; hunc qui in *domo natus* est, licet viciniis scientibus, *filium non esse*. (L. 6. D. lib. 1. tit. 6. de his qui sui vel alieni jur. sunt.)

Coloro però che si trovavano in possesso di *figli legittimi* non doveano provare nè il matrimonio de' loro genitori, nè l'epoca del concepimento.

Divus Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per Mensorem libertum ita rescripserunt: Movemur et *temporis diuturnitate*, quo ignara juris in matrimonio *avunculi tui fuisti* (1), et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus *statum* liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, *perinde atque si legitime concepti fuissent*. (L. 57. § 1. D. lib. 23. tit. 2. de ritu nupt.)

§ 9.

Adoptio.

L' adozione (adoptio) è un istituto giuridico, per mezzo del quale due individui si costituiscono l' uno per *pater* e l'altro per *filius familias*, sia che fra loro esista, sia che non esista un rapporto di parentela *naturale*.

Non solum autem *naturales* liberi . . . . . in *potestate nostra* sunt, verum etiam ii quos *adoptamus* (Inst. lib. 1. tit. pr. L. 1. D. lib. 1 tit. 7. de adopt.)

È probabile che i Romani avessero usata la parola *adoptio* in luogo di *optio*, poichè rapporti di simile natura non si stabiliscono se non in seguito della

(1) Si trattava di un matrimonio *incestuoso* — Ved. EINN. Com. ad L. Pap. Popp. lib. 1. cap. 2.

scelta che si fa delle persone, ed in considerazione del reciproco riguardo.

L'adozione adunque è un mezzo *artifiziale* di costituire la *famiglia*. Di questo mezzo si trovano gli esempi presso tutte le nazioni. L'uomo vi ricorre spontaneamente, stimolato dal bisogno che sente di *perpetuarsi*, il quale bisogno lo mena a ricorrere ai mezzi *artificiali* quando mancano i *naturali*. Questa è la destinazione principale e comune dell' *adozione*, siccome diceva Cicerone nell' orazione *pro domo sua*.

> Quod est, Pontifices, jus adoptionis? Nempe ut is adoptet, qui *neque procreare* jam liberos possit, et, quum potuerit, *sit expertus*.
>
> .... causa quaeri solet adoptandi, ut et is *adoptet* qui quod *natura assequi non potest*, et *legitimo* et *pontificio jure* quaerat (1).

Ed in questo senso Teofilo disse pure che lo scopo dell' adozione è di correggere il difetto di natura o i torti della fortuna.

> *Adoptio* inventa est ad molliendum *naturae defectum*, vel *infortunium*. (Parafrasi Inst. lib. 1. tit. 11.)

Al bisogno di perpetuarsi, il popolo romano ne aggiunse un altro prodotto dalla condizione sociale di quei tempi. La divisione in *gentes*, e l' interesse che esse aveano alla conservazione del *culto* (*sacra*), rendeva necessaria l' *adozione*, senza la quale sarebbe stato talvolta impossibile di perpetuarli per mancanza di parenti naturali.

> . . . . Et ita adoptet ut ne quid aut *dignitate generum* (2) aut de *sacrorum religione* minuatur (3).

(1) Num. 14.

(2) *Genus* si adoperava in luogo di *Gens* (ved. la Storia, lib. 1. cap. 4. § 1.)

(3) Cic. pro domo sua, ivi.

Questi due fini erano egualmente *onesti* e *legittimi*; ma in Roma, ne'tempi di corruzione generale, l'*adozione* fu consigliata anche da ben altre ragioni. Talvolta vi si ricorreva per frodare le leggi e conseguire per vie indirette ciò che le leggi direttamente proibivano. Così *Clodio* si fece adottare da un tal *Fontejo*, uomo della *plebe*, per divenire *Tribuno della plebe*, al quale ufficio non avrebbe potuto aspirare essendo un *patrizio*.

Causa quaeri solet adoptandi.... Illud in primis, ne qua calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur, ut haec *simulata adoptio* filii, quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitata esse videatur. Quae major calumnia est quam venire imberbem adolescentulum, *bene valentem*, ac maritum, dicere filium senatorem populi Romani sibi velle adoptare : id autem scire et videre omnes, non ut ille filius instituatur ; sed ut e *patriciis escat*, *et Tribunus plebis* fieri possit, idcirco adoptari (1)?

Così pure dopo la legge *Papia Poppea*, la quale *accordava* taluni *premî* o *esimeva* da taluni *servigi* pubblici coloro che avevano dei figliuoli, molti per essere preferiti nelle cariche, solevano procurarseli per mezzo dell'*adozione*, per indi *emanciparli* il giorno dopo dell'elezione, come fa notare Tacito.

Percrebuerat ea tempestate *pravissimus mos*, quum propinquis comitiis, aut sorte provinciarum, plerique *orbi, fictis adoptionibus* adipiscerent filios, praeturasque et provincias inter patres sortiti, statim *emitterent manu* quos adoptaverant (2).

Da questo abuso surse il discredito dell'*adozione*: ma ciò non ostante, si provvide alle frodi, e si mantenne in tutti i tempi l'istituzione.

(1) Num. 14. Ved. altri casi in T. Livio, lib. 31. n. 8.
(2) Annali, lib. 25, n. 19.

L' *adozione* era un istituto comune ai popoli antichi (1). Ma quando fu introdotta in Roma? In generale gl' interpetri la fanno risalire ai primi tempi; alcuni però credono che non fosse più antica delle XII Tavole (2). Se è vero che, facendo astrazione dallo scopo che naturalmente ha l' adozione secondo CICERONE e TEOFILO, pei Romani veniva giustificata dalle *Gentes*, si deve reputare tanto antica quanto le *Gentes*, e queste s'incontrano nei primordii di Roma (3).

Essa assunse due forme secondo i *soggetti passivi* dell' adozione, e perciò prese anche due nomi: se si adottava un *filiusfamilias*, conservava il nome di adozione (*adoptio*); e prendeva quello di *adrogatio*, quando si adottava un *paterfamilias*.

. .. . *Adoptionis* nomen est quidem *generale*: in duas autem species dividitur: quarum altera *adoptio* similiter dicitur; altera *adrogatio*. Adoptantur *filiifamilias*: adrogantur qui sui juris sunt. (L. 1. D. lib. 1. tit. 7. de adopt.)

§ 10.

Condizioni comuni all' adozione *ed all'* arrogazione.

Il diritto di adottare era proprio del sesso *maschile*, perchè esso era solo capace di organizzare una famiglia. Nel Diritto antico, alle *donne* non si permetteva di *adottare*; nel nuovo però si fece un' eccezione. Le fonti dicono che si potea permettere quando una madre era restata orba di figliuoli (*in solatium liberorum amissorum*.)

Feminae *adoptare* non possunt, quia nec naturales

(1) Ved. GIBELIN, op. cit. tit. 2. cap. 2.

(2) Ved. JHERING, Vol. 2. cap. 3. § 36. p. 181. Ved. quel che diremo al § 11.

(3) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3.

liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis, ad *solatium liberorum amissorum* adoptare possunt. (Inst. lib. 1. tit. 11. § 10.)

Mulierem quidem, quae nec filios suos habeat in potestate, *arrogare* non posse, certum est. Verum quoniam in *solatium amissorum* tuorum filiorum, privignum tuum cupis vicem legitimae sobolis obtinere: annuimus votis tuis, secundum ea quae annotavimus: et eum perinde atque *ex te progenitum*, ac *vicem naturalis* legitimique filii habere permittimus (L. 5, Cod. lib. 8, tit. 48 de adopt.)

Tuttavia il primo caso di una donna che *adottasse* si verificò in persona della zia dell' imperatore GALBA, che non avea avuto mai figli (1).

Ma affinchè lo scopo dell'adozione non fosse frustrato, l' adottante dovea trovarsi nelle seguenti condizioni:

1) Dovea esser in quell'età in cui, se si fosse ammogliato, avrebbe potuto, secondo ciò che ordinariamente accade, avere per figliuolo l' individuo destinato per essere adottato. Ora si trova in questa ipotesi colui che non solo abbia oltrepassata l' età in cui potrebbe contrarre matrimonio, ma contraendolo potrebbe avere un figlio. Imperocchè l' adozione deve essere l'imagine della maniera naturale di avere dei figliuoli, o, come dicevano i giureconsulti romani, deve imitare la natura (*adoptio imitatur naturam*) (2). Supponendo ora che un uomo si ammogli appena compiuta la pubertà, e che divenga padre *sette* mesi dopo il matrimonio, secondo le regole generali, sarebbero bastanti *quindici* anni più di un individuo per essere capace di adottarlo. Ma le fonti stabilirono per differenza l'età di anni *diciotto* o la *plena pubertas*, tenendo

(1) SVETONIO in GALBA.

(2) Ved. il testo seguente.

conto delle circostanze che possono modificare il tempo in cui si voglia contrarre matrimonio e quello necessario per avere de' figliuoli:

Minorem natu, non posse majorem adoptare placet. Adoptio enim *imitatur naturam*: et pro *mostro est* ut filius sit major quam pater. Debet itaque is qui sibi per adoptionem vel adrogationem facit filium, *plena pubertate*, id est *decem et octo annis* praecedere (Inst. lib. 1. tit. 11. § 4.)

Ma non si soleva permettere se non in quell'età in cui non si poteva facilmente sperare dei figli naturali. Or questa età non era definita per l'*adozione*, ma per l'*arrogazione* era fissata a *sessanta* anni, salve alcune eccezioni:

.... Excutiendum erit ..... cujus aetatis sit: ut aestimetur an melius sit de liberis procreandis cogitare eum, quam ex *aliena familia* quemquam redigere in potestatem suam (L. 17. § 2. D. lib. 1. tit. 7. de adopt.) (1)

In *adrogationibus* cognitio vertitur num forte minor *sexaginta* annis sit, qui adrogat: quia magis liberorum creationi studere debeat; nisi forte *morbus*, aut *valitudo* in causa sit, aut alia justa causa adrogandi: veluti si conjunctam sibi personam velit adoptare (L. 15. § 2. D. ivi).

2) Dovea per la medesima ragione essere *naturalmente* capace di ammogliarsi: i *castrati* perciò non potevano adottare, ma era permesso agli *spadones*.

Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii qui generare non possunt, quales sunt, *spadones* adoptare possunt: *castrati* autem non possunt (Inst. lib. 1. tit. 11. § 9.)

(1) Alcuni restringono questa condizione all' *arrogazione*, ma pare che sia comune all' *adozione*, coll' enunciata distinzione. (Ved. EINN. Inst. § 177.)

Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam *natura potest habere* (L. 16, D. lib. 1, tit. 7. de adopt.)

... Ne imagine naturae veritas adumbretur (L. 23. D. lib. 28. tit. 2. de lib. et posth.)

3) Non dovea aver figliuoli nati da legittimo matrimonio, per impedire che si fosse lesa la loro condizione, tranne se non vi concorressero giuste ragioni:

Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei qui vel unum habebit vel plures liberos, adoptare alium, ne aut illorum quos justis nuptiis procreavit deminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio parat sibi; aut, qui adoptatus fuit, minus percipiat quam dignum erit eum consequi (L. 17. § 3. de adopt.)

4) Non si poteva fare più di un'adozione, se non per gravi motivi, anche quando non si avessero figli naturali.

Item non debet quis plures adrogare, nisi ex justa causa (L. 15, § 3, ivi.)

5) Non potea adottare nè essere adottato se non un cittadino Romano, tranne se non avessero il *jus connubii*. Anzi un tempo per essere adottato bisognava essere anche *ingenuus*, meno se non vi concorressero gravi ragioni (1).

Cum eum quem arrogaveris, libertum tuum esse profitearis, nec *ullam idoneam causam* precibus addideris, id est, *quod liberos non habeas:* intelligis juris auctoritatem desiderio tuo refragari (L. 3. Cod. lib. 8., tit. 48. de adopt.)

6) L'adozione non poteva essere sottoposta nè a condizione, nè a termine:

Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut *post triennium*, puta, eumdem mihi in *adoptionem des*, an actio ulla sit? Et Labeo putat nullam

(1) Gellio, Noct. att. lib. 5. tit. 19.

esse actionem : nec enim *moribus nostris* convenit *filium temporalem* habere (L. 34, D. lib. 1, tit. 7, de adopt.)

7) Si poteva adottare tanto in luogo di figlio quanto in luogo di nipote, anche quando non si avesse più figli; adottando in luogo di *nipote* si potea farlo o in *generale*, o come nipote derivante da un *determinato figlio*. Se non che, nel primo caso bastava il consenso del solo *adottante*; ma nel secondo occorreva anche il consenso del figlio qualora esistesse:

Adoptare quis nepotis loco potest, etiam si filium non habet (L. 37, D. ivi.)

Cum nepos adoptatur, quasi ex filio natus, *consensus filii exigitur*: idque etiam Julianus scribit (L. 6. D. ivi.)

8) Si poteva adottare non solo l'estraneo, ma anche il proprio figliuolo o nipote uscito dalla patria potestà:

Qui liberatus est patria potestate, is postea in potestatem honeste reverti non potest, nisi *adoptione* (L. 12. D. ivi.)

Una volta si poteava adottare anche il *figlio naturale*; ed essendosene di poi dubitato, l' Imperatore Anastasio (anno 508) risolse il dubbio nel senso dell' antico sistema, estendendo a' figli naturali arrogati quel che venne stabilendo circa i figli legittimati, come vedremo in appresso:

.... Filios et filias jam per divinos adfatus a *patribus suis* in *arrogationem* susceptos vel susceptas, hujus providentissimae nostrae legis beneficio et juvamine potiri censemus (L. 6. Cod. lib. 5. tit. 27, de natur. liber.).

La decisione di Anastasio fu ritenuta dall' Imperatore Giustino (anno 519) per le arrogazioni che erano già seguite, ma fu abrogata per l'avvenire:

.... *Naturalibus* filiis vel filiabus ex cujuslibet mulie-

ris cupidine non *incesta*, non *nefaria* procreatis, et in paterna per *arrogationem* seu per adoptionem sacra susceptis..... usque ad *praesentem* diem, non sine ratione duximus suffragandum : ut *adoptio* seu *arrogatio* firma permaneat...... In *posterum* vero sciant omnes, legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quaerendam, ac si praedicta constitutio (cioè la precedente) lata non esset (L. 7. ivi.)

GIUSTINIANO confermò il sistema di GIUSTINO suo padre (1).

§ 11.

Condizioni speciali.

Queste condizioni altre riguardavano la *forma*, ed altre il *contenuto* dell'atto.

Forma—Un tempo l'*arrogazione* si faceva *populi auctoritate*, ne' Comizii *Curiati* (2).

Populi auctoritate adoptamus eos qui *sui juris* sunt. Quae species adoptionis dicitur *adrogatio* (GAIO Com. 1. § 99).

L'intervento del *popolo* era richiesto per le conseguenze giuridiche che derivavano dall'*arrogazione*. Essa toglieva al cittadino la *suità*, imperocchè l' *arrogato* da *homo sui juris* diveniva *homo alieno juri subjectus*. Ora era antico principio di *dritto pubblico*, riprodotto nelle leggi delle XII Tavole, che tutto ciò che riguardava lo *stato* (*caput*) del cittadino, dovesse portarsi a cognizione del *popolo*.

De *capite civis* nisi per *maximum comitiatum*, ne ferunto (3).

Col perdere la *suità* perdeva pure i *sacra familiaria*.

(1) Nov. 74, cap. 3 ed 89 cap. 7 § 2.
(2) Ved. la Storia lib. 1. cap. 12. § 8.
(3) CIC. de leg. lib. 3. cap. 4. Ved. la Storia lib. 1. cap. 12 § 8.

Ed è perciò che richiedevasi ancora la presenza del *Pontefice*. Onde CICERONE rimproverava a *Clodio* di essersi fatto arrogare senza l' intervento del *Pontefice*.

. . . omnis notio *pontificum* cum adoptarere esse debuit (1).

Il modo onde si procedeva consisteva in un' interrogazione che si faceva prima all'*arrogante* per dichiarare se volesse per figlio l' *arrogabile* , poi a costui per ottenerne legalmente il consenso, e finalmente al *popolo* che dovea autorizzare l'*arrogazione*.

. . . . . . quae species adoptionis dicitur *adrogatio*, quia et is *qui adoptat*, *rogatur*, id est, *interrogatur* an velit eum, quem adoptaturus sit, *justum sibi filium esse*; et *is qui adoptatur* , *rogatur* an id fieri patiatur ; et populus *rogatur* an id fieri jubeat. (GAJO , Com. 1. § 99) (2).

Ora questa maniera di arrogare non si poteva applicare a tre casi: 1°) All'arrogazione che avesse avuto luogo in Provincia , poiche ivi non vi erano Comizii. 2° e 3°) A quelle in persona delle *donne* e degl'*impuberi*, poichè essi non potevano prendere parte ai Comizii.

Et quidem illa adoptio quae per populum fit, nusquam nisi *Romae* fit. (Cajo, Com. 1. § 100).

Item per populum *foeminae* non adoptantur (ivi § 101).

Item *impuberem* aput populum adoptari aliquando prohibutum est. (ivi § 103).

Codesto sistema andò soggetto ad una prima modificazione nel secondo periodo. In luogo del popolo, si prese ad arrogare innanzi a *trenta* rappresentanti dello stesso. CICERONE dice che erano *trenta littori* (3), e

(1) Pro domo sua, n. 13. Ved. pure GELLIO, l. c.

(2) Ved. GRAVINA de jure nat. gent. et XII. tab. cap. 84. GELLIO, ivi.

(3) De lege agr. lib. 2. n. 12.

tutti gl' interpetri seguirono la sua opinione. Il solo VICO sostenne che erano i trenta *Curioni*, capi delle Curie (1).

Mà gl'Imperatori sostituirono la loro autorità a quella *reale* o *finta* del popolo. Da ciò deriva che GIUSTINIANO non parla che di quest'ultimo sistema:

> **Adoptio duobus modis fit, aut *principali rescripto*, aut *imperio magistratus*. *Imperatoris auctoritate* adoptare quis potest *eos easve* qui quaeve sui juris sunt; quae species adoptionis dicitur *adrogatio*. (Inst. lib. 1. tit. 11. pr.) (2)**

Così divenne possibile l' arrogazione anche in Provincia ed in persona delle donne e degl'impuberi.

> ***Arrogationes* eorum qui sui juris sunt, nec in Regia Urbe, nec in *Provinciis*, nisi ex *rescripto principali* fieri possunt (L. 6. Cod. lib. 8. tit. 48. de adopt.)**

L' *adozione* al contrario anticamente si faceva mediante tre *atti*, che si succedevano senza interruzione (3), cioè colla *mancipatio*, colla *manumissio*, e colla *vindicatio*. La *mancipatio* e la *manumissio* erano necessarie perchè il figlio si sciogliesse dalla *patria potestas*, e la *vindicatio* perchè questa si acquistasse dall' *adottante*. Secondo AULO GELLIO parrebbe che i due primi atti si dovessero ripetere in tutti i casi per *tre volte*:

> ***Adoptantur* autem, quum a *parente* in cujus pote-**

(1) V. de uno univ. jur. pr. § 150—Scienza nuova, pag. 332—e la nostra Storia, lib. 1. cap. 12. § 6. e lib. 2. cap. 8 (1.ª ediz.)

(2) Vero è che nel Digesto si attribuisce anche a GAJO tale dichiarazione (Ved. la L. 2 D. lib. 1 tit. 7 de adopt.); ma codesto luogo risulta nettamente alterato, quando si paragoni coi §§ 97 e 98 del Comm. 1. di GAJO, e col § 2. tit. 8 delle Reg. di ULPIANO, che visse molto dopo GAJO. Entrambi parlano dell' *auctoritas populi*.

(3) Ved. quel che diremo intorno all' *emancipatio*.

state sunt, *tertia mancipatione* in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, *vindicantur* (1).

Tuttavia la triplice *mancipazione* e *manumissione* era necessaria soltanto quando si trattava di *figlio*, come risulta da Ulpiano.

> Adgnascitur suus heres aut adgnascendo, aut *adoptando* .... aut manumissione, id est, si *filius ex prima secundave mancipatione* manumissus, reversus sit in patris potestatem. (Reg. tit. 23 § 3.) (2)

Quando si trattava di *figlie* e di *nipoti* bastava un solo *atto* (3).

Circa la ragione della *triplice mancipazione* e *manumissione* gl' interpreti non sono uniformi; sembra probabile la spiegazione che ne dà uno scrittore moderno. Il *pater familias* che *mancipava*, cioè *alienava* realmente il figlio, non perdeva la *potestas* che per un *quinquennio*, come diremo in appresso. Or, secondo questo scrittore, non potendosi conciliar tale sistema colla *perpetuità* della *patria potestà* che dovea acquistare l' *adottante* (4), si ripeteva più volte la *mancipazione* nello stesso tempo, come equipollente delle *mancipazioni* reiterate che si sarebbero dovute fare di *quinquennio* in *quinquennio* (5).

Codesta spiegazione rende probabile un' altra opinione circa l' *origine* dell' *adozione*. Le fonti antiche della Storia di questo istituto non dicono nulla della sua *origine*. Ora la *finzione* e l' *artifizio* (*circuitus*) che si scorge in tutto il sistema esposto, pruova che fos-

(1) Noct. Att. Lib. 5. tit. 19.

(2) Ved. GRAVINA l. c. ed EINN. Antiq. Rom. lib. 1. tit. 11. § 14.

(3) Ved. il seg. testo.

(4) Ved. in appresso della *patria potestas*.

(5) JHERING, lib. 2. cap. 3. § 36.

se stato creato dalla pratica, e non già stanziato dal *Diritto*. Ma ciò non basta per sostenere che fosse di molto posteriore alle LL. delle XII. Tavole, a differenza dell'*adrogatio*, che rimonta ai primi tempi, come sostenne il suddetto autore (1); imperocchè di questi *circuiti* (2) ci porge esempii anche il Diritto antico.

Ma la civiltà dei tempi posteriori non potea permettere un procedimento così contrario alla dignità dell' uomo. Tuttavia non prima di Giustiniano lo troviamo abrogato, e sostituito da un modo più civile. Egli stabilì che l' adozione avesse luogo col semplice consenso dell' *adottante* e del *pater* dell' *adottabile*, manifestato presso il magistrato competente.

> Veteres *circuitus* in *adoptionibus* quae per *tres emancipationes* et *duas manumissiones* in *filiis*, aut per *unam* emancipationem in *coeteris liberis* fieri solebant, corrigentes, sive tollentes, censemus licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, *sine vetere observatione* emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestare, praesente eo qui adoptatur, et non contradicente, nec non, eo qui eum adoptat. (L. 11. Cod. lib. 8. tit. 48. de adopt.)

Oltre di questa maniera di adottare si trova spesso fatta menzione anche dell'*adoptio* per *testamentum* (3). Tuttavia questa specie di adozione non produceva la *familia*, ma equivaleva ad un' istituzione di erede (4).

Contenuto — 1) L' arrogazione non dovea avere per oggetto un fine interessato. Così quegli che fosse stato un tempo *tutore* o *curatore* non potea arrogare il

(1) Ved. la nota n. 2. a pag. 190. e 5. della pag. pr.
(2) Ved. il testo seg.
(3) Cic. in Bruto, cap. 58. Corn. Nep. in Attico, cap. 5.
(4) Ved. Maynz, § 379.

suo *pupillo* o il *minore*, per esimersi dalla responsabilità nascente dalla *tutela* o dalla *curatela*:

Nec ei permittitur *adrogare*, qui *tutelam* vel *curam* alicujus administravit, si *minor* vigintiquinque annis sit qui adrogatur: ne forte eum ideo adroget, ne *rationes reddat*. (L. 17. D. lib. 1, tit. 7. de adopt.)

Inoltre non dovea avere un fine *turpe*.

Item inquirendum est, ne forte turpis causa adrogandi subsit. (ivi.)

2) L'arrogazione che cadeva in persona di un *impubere*, permettevasi incondizionatamente, quando l'*arrogante* fosse uno dei parenti, o uno di coloro la cui affezione per lui era notissima; ma se in vece era un estraneo, non avea luogo che con grande riserva, ed in seguito di un rigoroso esame della condizione dell'*arrogante*.

Eorum dumtaxat pupillorum *adrogatio* permittenda est his qui vel *naturali cognatione* vel *sanctissima affectione* ducti adoptarent: *caeterorum* prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere. Et primum quidem excutiendum erit, quae facultates pupilli sint, et quae ejus qui adoptare eum velit: ut aestimetur ex comparatione earum, an salubris adoptio possit pupillo intelligi. Deinde cujus vitae sit is qui velit pupillum redigere in familiam suam. (d. L. § 1 e 2 ivi.)

Il qual sistema di arrogare gl'*impuberi* fu stanziato dall'Imperatore Antonino, siccome attesta Gajo:

Nunc ex epistola optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permittitur. Aput praetorem vero, et *in provinciis* aput proconsulem legatumve, cujuscunque aetatis homines adoptare possumus (Comm. 1. § 102.)

Le informazioni sul conto dell' arrogante un tempo erano commesse ai Pontefici, come dice qui Gaio; ma nei tempi posteriori si prendevano dai Pretori in Roma e dai Presidi in Provincia (1).

A differenza dell' *arrogazione*, l' *adozione* poteva anche negli antichi tempi farsi in persona di un *impubere*, poichè l' atto di emancipazione fondavasi nella *patria potestas*, la quale si esercitava sui figliuoli di qualunque età. Se non che l' *adottabile* dovea anch' egli presenziare nell' atto, per *consentire*. Del resto bastava che non si opponesse, a differenza dell' arrogazione dove il consenso dell' arrogabile dovea essere *espresso*.

In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo (L. 5. D. lib. 1. tit. 7. de adopt.)

.... Solvere jus patriae potestatis, invitis filiis, non permissum est patribus (Nov. 89. cap. 11).

§ 12.

Legittimazione-Generalità.

L' avvicinamento dei sessi non legittimato dal matrimonio, non merita di esser preso in considerazione nè dalla ragione nè dallo Stato; imperocchè coloro che son guidati dal desiderio di adempiere al supremo fine della perpetuazione della specie, non debbono incontrare alcuna difficoltà a circondarlo di quelle condizioni che da una parte lo rendono lecito, da

(1) L. 2. Cod. lib. 8. tit. 48. (de adopt.

un' altra onorifico presso la società, ch' è principalmente interessata allo stabilimento legittimo della famiglia. E se alcuno si trovi che a tali condizioni non voglia sottoporsi, gli si può dire con l' imperatore Leone:

Conjugalis vitae desiderio teneris? Conjugii leges serves necesse est. Displicent matrimonii molestiae? Celebs vivas, neque matrimonium adulteres, neque falso celibatus nomine culpam praetexas. (Nov. 89.)

È per questo motivo che anche prima che la morale pubblica fosse stata perfezionata dalla dottrina Cristiana, avea riprovate simili unioni; e le leggi custodi della morale, dove l' aveano solamente private di ogni civile riguardo, e dove l' aveano inoltre perseguitate e punite.

Le unioni dei sessi fuori del matrimonio sono state perciò in generale qualificate per *illegittime*. Ma esse nè hanno ricevute gli stessi nomi, nè innanzi alla morale ed al dritto hanno lo stesso valore.

Le leggi romane in ispecie distinguevano cinque sorte di unioni illecite:

a) *L' Incestus*: b) *l' Adulterium*: c) *lo Stuprum*: d) *il Contubernium*: e) *il Concubinatus*.

1.°) *Incestus*. Appellavasi *incesto* l'unione di persone legate da *naturale* o *civile* parentela. Di qui la distinzione fatta dalla scuola di *incesto* di Dritto delle *genti* e di Diritto *civile*.

***Jure gentium incestum* committit qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit. Qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur, vel adfinem quam impeditur: si quidem palam fecerit, levius; si vero clam hoc commiserit, gravius punitur. Cujus diversitatis illa ratio est circa matrimonium, quod ex latere non bene contrahitur: palam delinquentes, ut**

errantes majore poena excusantur: clam committentes, ut contumaces plectuntur. (L. 68 , D. lib. 23, tit. 2. de ritu nupt.)

Si quis ex his , quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit , *incestum* dicitur committere. (L. 39, § 1 ivi.)

2.°) *Adulterium.* L'adulterio è oggi l'unione di due individui egualmente maritati o di un individuo libero ed un altro maritato. Ma le leggi romane non reputavano *adulterio* che il fatto di una donna maritata la quale giacesse con un uomo sia *maritato* sia *celibe.*

Adulterium in *nupta* . . . . . . committitur. (L. 34 , § 1. D. lib. 48, tit. 5. ad L. Jul. de adult.)

3.°) *Stuprum.* Questa unione avea luogo fra persone non legate da vincolo maritale, ma che non ancora avea preso un carattere abituale.

Lex *stuprum* et *adulterium* promiscue et *καταχχησιχωτερον* , id est *abusive* appellat. (L. 6 , § 1. D. lib. 48, tit. 5.)

.... Stuprum in *vidua* vel *virgine* vel *puero* committitur. (L. 34, § 1, D. 48 ivi).

4.°) *Contubernium.* Con questo nome appellavasi non solo l'unione di *due servi* di diverso sesso, ma anche l' unione di un uomo *libero* con una *schiava* , e viceversa.

Inter *servos* et *liberos* matrimonium contrahi non potest, *conturbernium* potest. (Pauli Sent. lib. 2 tit. 19. § 6).

Libera mulier contubernium ejus secuta qui plures dominos habuit, ejus fit ancilla qui prior denuntiavit. (ivi, tit. 21, § 15).

5.°) *Concubinatus.* Il concubinato consisteva nell' unione di due persone di diverso sesso in una vita abituale e continua, senza vincolare la loro volontà con un contratto legittimo:

Libro memorialium Massurius scribit *pellicem* apud

antiquos eam habitam quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine *amicam*, paulo honestiore *concubinam* appellari. Granius Flaccus in libro de jure Papiriano scribit, *pellicem* nunc vulgo vocari quae cum eo cui uxor sit corpus misceat; quosdam eam quae *uxoris loco sine nuptiis* in domo sit, quam παλλακην Greci vocant. (L. 144 D. lib. 50, tit. 16.)

Servius quoque Supplicius in libro quem composuit de dotibus.... *pellicem* autem adpellatam, probosamque habitam, eam quae *juncta consuetaque esset* cum eo in cujus manu mancipioque alii matrimonii causa fieret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numae regis fuisse accepimus: *Pellex asam* (aram) *Iunonis ne tangito* (1).

Di tutte queste *illecite unioni* il solo *concubinato* aveva un grado di turpitudine minore delle altre, perchè era la sola che avesse una similitudine col matrimonio, dal quale anzi non differiva se non per la forma; onde è che nelle fonti si dice essere la concubina in luogo della moglie (*uxoris loco*), come risulta dal testo antecedente.

Alle volte pure si trova detto che la differenza tra la concubina e la moglie non sia che di *decoro* (*dignitate*), e di *distinzione* (*dilectu*):

Parvi autem refert *uxori* an *concubinae* quis leget ...... sane enim nisi *dignitate*, nihil interest. (L. 49, § 4, D. lib. 32, tit. 1. de leg. et fidei comm.)

Concubina ab uxore *solo dilectu* separatur. (Pauli Sent. lib. 1. tit. 21.

Il concubinato perciò fu messo in una condizione eccezionale, per la quale si distingueva dalle altre illegittime unioni sotto i seguenti punti di vista:

1.°) Il concubinato era reputato un fatto *illecito*, ma non costituiva un *delitto*.

(1) Gellius, lib. 4. tit. 3.

Lo *stupro*, il *contubernio*, l'*incesto*, l'*adulterio*, al contrario, erano reputati anche *azioni criminose*, ed erano soggetti ad una pena.

Foedissimam earum *nequitiam*, quae *pudorem suum alienis libidinibus prosternunt*, non etiam earum, quae per vim *stupro* compressae sunt, irreprehensa voluntate, leges *ulciscuntur*. (L. 20. Cod. lib. 9. tit. 9.)

Si mulier *ingenua civisque romana vel latina alieno se servo* conjunxerit, si quidem invito et denuntiante domino in eodem contubernio perseveraverit, *efficitur ancilla*. (Pauli Sent. lib. 2, tit. 21, § 1.)

Incesti poenam, quae in viro *in insulam deportatio* est, mulieri placuit remitti. (Pauli Sent. lib. 2. tit. 26, § 15.)

Si quis *illicitas* et *contrarias naturae* (quas lex *incestas* et *nefandas* et *damnatas* vocat) contraxerit *nuptias* . . . sit ei *poena* non *confiscatio* solum, sed etiam *cinguli privatio* et *exilium*, et si *vilis* fuerit, etiam *corporis verberatio* (Nov. 12. cap. 1.)

Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum ac *relegatione in insulam* placuit coerceri. *Adulteris* vero viris, pari *in insulam relegatione*, dimidiam bonorum partem auferri, dummodo in diversas insulas relegentur. (Pauli. Sent. lib. 2. § 14.)

2.°) I figliuoli del concubinato erano distinti pel *nome* e per la *capacità* da quelli delle altre illegittime unioni.

I primi appellavansi naturali (*naturales*) (1). Tutti gli altri, secondo Giustiniano, prendevano il nome di *spurii* o *vulgo concepti* o *quaesiti*:

Si adversus ea quae diximus (parlando del matrimonio) aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur... tales sunt quales sunt ii quos

(1) Ved. i testi che riporteremo nel § seguente.

mater vulgo concepit... unde solent *filii spurii* appellari (Inst. lib. 1. tit. 10. § 12).

Secondo Gajo, questo nome competeva anche ai figli nati da nozze *nefarie* ed *incestuose*:

Si quis *nefarias* atque *incestas* nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur, neque liberos: hi enim qui ex eo cohitu nascuntur, matrem habere videntur quidem, patrem vero non utique.... quales sunt ii quos mater vulgo concepit... unde solent *spurii* filii appellari (Comm. 1. § 64).

Ma Giustiniano in altra occasione dichiarò che questi non meritassero alcun nome:

. . . Enumeremus qui neque *naturalium* nomine digni sunt. Primum quidem omnis qui ex complexibus (*non enim hoc vocamus nuptias*) aut *nefariis* aut *incestis* aut *damnatis* processerit; iste neque *naturalis* nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem partecipium (Nov. 89. cap. ult.)

I nomi di incestuosi (*incestuosi*), adulterini (*adulterini*), furono introdotti nella scuola.

3) I primi godevano, come vedremo, certi vantaggi che non erano conceduti agli altri. Tra questi vantaggi ci era quello di partecipare, come i figli *legittimi*, alla *presunzione* che il loro padre fosse l'uomo che vivea in concubinato colla madre; il che era negato agli altri:

Vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt: vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non libet: qui et *spurii* appellantur (L. 23. D. lib. 1. tit. 5. de st. hom.) (1).

Non si suol dare al concubinato la medesima origine. Montesquieu l'attribuisce immediatamente alla

(1) Ved. Einn. ad L. Pap. Pepp. lib. 2. cap. 4. e la nostra St. del Dir. lib. 1. cap. 6. § 1.

corruzione dei costumi che si manifestò in Roma in sullo scorcio della repubblica (1). Altri alla schiavitù la quale porgeva occasione alla seduzione.

Che che sia di ciò, certa cosa è che il concubinato diventò così generale, che non potendolo estirpare, bisognò infrenarlo col sottoporlo a certe condizioni il cui adempimento lo faceva distinguere dalle altre illecite unioni, che anche in mezzo alla generale corruzione le leggi condannavano, e contra di cui, come si è veduto, severe pene erano state in diversi tempi stanziate.

Le condizioni vennero la prima volta stabilite dalla legge *Papia Poppea* (2). Per opera di questa legge il concubinato divenne *un' istituzione*, che si collocò a lato del *matrimonio*, non come un rivale, ma come un nemico che il matrimonio avea fatto incatenare per impedire che continuasse ad insultarlo. Potè così esser chiamato unione lecita (*licita consuetudo*), e ricevere un nome (*per leges nomen adsumpsit.*)

... Sin *concubina* liberae conditionis constituta filium vel filiam ex *licita consuetudine* ab homine libero habita procreaverit, eos cum *legitimis* liberis ad materna venire bona... nulla dubitatio est (L. 5. Cod. lib. 6. tit. 57. Ad Senat. Orfit.)

Quia *concubinatus* per leges *nomen* adsumpsit, extra legis poenam est (L. 3. D. lib. 25. tit. 7. de concub.)

Ecco le condizioni per poter vivere in concubinato sotto la protezione delle leggi.

1.°) Le persone dell'uno e dell' altro sesso doveano essere divenute almeno *puberi*.

Cujuscumque aetatis concubinam habere posse pa-

(1) Sp. delle leggi, lib. 23, cap. 6.

(2) TROPLONG, Infl. del Crist. cap. 8. *Einn.* Com. alla L. *Papia Pappea*, ivi.

lam est, nisi minor annis duodecim sit. (L. 1, § 4 D. ivi.)

2.°) Bisognava che non fossero già *maritati*.

Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. (Pauli Sent. lib. 2, tit. 20,)

Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. (L. un. Cod. lib. 5, tit. 26. de conc.)

3.°) Bisognava che non fossero *parenti*.

Etiamsi concubinam quis habuerit sororis filiam, licet libertinam, incestum committitur. (L. 56, D. lib. 23, tit. 2. de ritu nupt.)

4.°) Non si poteva avere che una *sola concubina*, come non si poteva avere che una sola moglie. (Nov. 18 cap. 4.)

5) In generale il concubinato non avea bisogno di alcuna esterna manifestazione. Se non che quando la coabitazione avveniva in persona di una *libertina*, la presunzione stava pel *concubinato*, quando in persona di una *ingenua* stava pel *matrimonio*, tranne se non fosse una *meretrice*.

In *liberae mulieris consuetudine* non *concubinatus*, sed *nuptiae* intelligendae sunt: si non *corpore quaestum fecerit* (L. 24. D. lib. 23 tit. 2. de ritu nupt.)

Or quando si voleva vivere in *concubinato* con una donna *ingenua* e di *onesti costumi*, bisognava dichiararlo alla presenza di due testimoni.

In *concubinatu* potest esse et *aliena liberta* et *ingenua*, et maxime ea quae obscuro loco nata est, vel *quaestum corpore* fecit: alioquin si *honestae vitae*, et *ingenuam mulierem* in *concubinatum* habere maluerit, *sine testatione* hoc manifestum faciente non conceditur; sed necesse est ei, vel *uxorem eam* habere, vel hoc recusantem, *stuprum* cum ea committere. (L. 3, D. lib. 25, tit. 7. de conc.)

6) Quantunque il concubinato avesse una similitudine col matrimonio, ciò nondimeno non produceva gli stessi effetti. Se non che creava una *quasi affinità*, per virtù della quale non era permesso di prendere per *concubina* colei ch'era stata *amica* del *padre* o dell'*avo*, e viceversa.

> Si qua in patroni fuit *concubinatu*, deinde in *filii* esse coepit vel in *nepotis*, vel contra: non puto eam recte facere, quia *prope nefaria* est hujusmodi *conjunctio*, et ideo hujusmodi *facinus prohibendum est*. (L. 1. § 3. D. lib. 25, tit. 7, de concub.)

Il concubinato era in opposizione diretta con la morale *Cristiana*; tuttavia fino all' imperatore Leone il *filosofo* (911) non incontrò altra resistenza se non ne' novelli costumi. I più cristiani Principi non osarono attaccarlo di fronte. Si servirono di mezzi indiretti, che poco o nulla menavano a conseguenze. Leone con la Novella 91 abrogò tutte le leggi che concernevano il *concubinato*, a cominciare dalla L. *Papia Peppea*, dichiarandolo incompatibile co' tempi suoi:

> Neque minus *ea lex* (1), quae probrose cum concubinis immisceri non erubescentibus id permittendum judicavit, honestatem susque deque habuit. Ne ergo hoc legislatoris erratum dedecore nostram rempublicam afficere sinamus. Itaque *lex illa in aeternum sileto*. Ab illa enim non modo religionis, verumetiam naturae injuria secundum divina Christianisque convenientia praecepta proibemur. Et quidem si cum fontem habeas, sobrie inde haurire divino praecepto moneare: qua ratione, cum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis? Tum tametsi fontem non habeas, rebus tamen vetitis uti non potes. Caeterum vitae consortem invenire difficile non est. (Leonis Const. 91.)

(1) Con questa voce *lex*, Leone non accenna ad alcuna legge in par-

Ma poichè con essa niuna pena o perdita di dritti era stata sanzionata, il concubinato durò fino a che non fu distrutto dall' opinione pubblica e dalla religione.

Razionalmente parlando, il rigore della morale e delle leggi avrebbe dovuto circoscriversi ai soli autori del turpe accoppiamento. I figliuoli che niuna parte avevano nel fatto dei genitori, non avrebbero dovuto cader vittima della loro colpa.

Le leggi nondimeno, per una ragione politica, dovettero associare la loro sorte a quella dei genitori per provvedere al pubblico costume, sperando che coloro che amano i loro figli si guardassero dal disprezzare l' impero della morale e delle leggi. Tuttavia a molti, anche nati da condannate unioni, fu dato di poter cancellare la macchia di cui erano notati, la quale spesso modificava grandemente la loro capacità civile. Ma i più favoriti furono i figli *naturali*, massime dopo che il *concubinato* divenne un istituto riconosciuto dalle leggi. Essi potettero essere *assimilati* ai *figli legittimi* (*fieri legitimi, legitimos facere*) (1) in tutto o in parte, mediante certe forme determinate dalle stesse leggi. Codesto mezzo di *assimilazione* de' figli *naturali* ai *legittimi* fu chiamato nella scuola *legittimazione* (*legitimatio*). Essa evidentemente era, come l'*adozione*, una finzione (*fictio juris*), per virtù della quale i figli del *concubinato* si aveano come nati da un *legittimo matrimonio*. Ora siccome la finzione suppone la *possibilità* di quel che si *finge*, così, facendo astrazione da ogni altro motivo, i figli di *condannate unioni*, non furono mai *capaci* di essere *assimilati* ai *legittimi* (2).

ticolare, ma a tutte le leggi intorno al concubinato. GOTOFREDO la restringe ai due tit. del D. e del Cod. de *Concubinis*.

(1) Ved. i testi seg.

(2) Ivi.

§ 13.

Forme della legittimazione

Quantunque non esistano nelle sorgenti pruove che i Romani avessero prima del III periodo ammessi i *figli naturali* ad essere *assimilati* ai *legittimi*, tuttavia è un fatto che non si può mettere in controversia di essersi in più di un caso conceduto codesto favore a taluni individui (1).

Se non che niuna legge erasi ancor pubblicata, la quale stabilisse un modo generale di *assimilare* i *figli naturali* a' *legittimi*, specialmente quando la qualità di *figlio legittimo* era necessaria pel godimento dei diritti. Ma qualora circostanze particolari rendevano necessaria la concessione di codesta qualità, vi si provvedeva mediante legge speciale (*privilegium*) (2). La prima legge generale fu pubblicata da Costantino (320), il quale stabilì che tutti i *figli naturali*, che si trovavano esistenti all' epoca di quella legge, sarebbero stati legittimati, purchè i loro genitori avessero convertito il *concubinato* in un *legittimo matrimonio*. Codesta legge non ci venne trasmessa, poichè non si rinviene nè nel *Codice* di Giustiniano, nè nel *Codice* di Teodosio; ma trovasi ricordata in una Costituzione di Zenone del 476, della quale faremo qui sotto menzione e nella Novella 89 (3). Poichè tale legge non riguardava se non i figli *naturali* già *nati* o *conceputi* al tempo della sua pubblicazione, rimanevano esclusi da quel benefizio per necessità tutti coloro che fossero stati *conce-*

(1) Ved. Einn. Ant. Rom. lib. 1. tit. 10.

(2) Ivi.

(3) Ved. il testo alla pag. 213. ed il comm. di Gotofredo al lib. 4. tit. 6. del Cod. Teod.

puti di poi, quantunque i loro genitori avessero contratto un legittimo matrimonio dopo quel *concepimento*. Ciò basta a dimostrare come Costantino con tale limitazione avesse avuto il doppio scopo di *promuovere* le *legittime nozze* e di far *cessare il concubinato* (1). Ma avvenne di questo provvedimento di Costantino quel che successe dell' *adozione*, vale a dire, che si fece uso di esso per conseguire anche altri scopi (2).

Ora al tempo di Teodosio II, le *Curie* o gli antichi *Senati* di Provincia erano caduti in tale avvilimento, per la miseria dei tempi, che tutti rifuggivano non solo dal desiderio di essere ammessi alla funzione di *Curiale* o *Senatore*, ma dall' accettarla qualora fosse stata loro deferita (3). Ed il disgusto era giunto a tal segno, che molti preferivano la *schiavitù* alla qualità di *Curiale* (4).

L' Imperatore Teodosio (442), nel fine di popolare le Curie per quanto fosse possibile, stabilì che sarebbero stati uguagliati ai *legittimi* quei *figli* che fossero dai loro genitori stati ascritti in qualche Curia, e le *figlie* le quali fossero state maritate ad un *Curiale* (5).

Una legge simile a quella di Costantino fu pubblicata dall'imperatore Zenone (476), per virtù della quale perciò vennero assimilati ai *legittimi* tutti i figli, che si trovavano allora *nati* o *conceputi*, i cui genitori contraessero legittime nozze (6). Ma l'imperatore Anastasio (508) estese anche all' *avvenire* il benefizio che Costantino e Zenone avevano ristretto al passa-

(1) Troplong, op. cit. cap. 8.
(2) Ved. Einn. Com. ad legem Pap. Popp.
(3) Ved. Gotofredo, Com. in Cod. Theod. lib. 12. tit. 1.
(4) Ivi.
(5) Leg. 3 Cod. lib. 5 tit. 27, de natur. liber.
(6) L. 5 Cod. ivi.

to (1). Codesta legge fu in vigore sino al tempo di GIUSTINIANO, il quale da prima credette di doverla abrogare, ritenendo però gli effetti che aveva prodotti fino all' epoca in cui pubblicò la costituzione destinata a questo scopo (519). Ma dopo due lustri (529-530) la richiamò in vigore (2).

Questi due soli modi erano ammessi all' epoca in cui GIUSTINIANO fece la sua compilazione; ed è per questo motivo che di essi soltanto si trova fatta menzione nelle fonti del Codice e delle Istituzioni. Ma non trascorsero che pochi anni e se ne vennero ad aggiungere dallo stesso GIUSTINIANO due altri, cioè il *Rescritto* del *Principe*, ed il *testamento* dal Principe confermato (3).

Così dunque nacque l'istituto giuridico della *legittimazione* (*legitimatio*), distinguendola in quattro modi: per *subsequens matrimonium* : per *dationem* o *oblationem Curiae*: per *Rescriptum Principis* : et per *testamentum Principi oblatum et a Principe confirmatum*. Or trovandosi questo *istituto*, come si è veduto, formato in diversi tempi e con diverse Costituzioni, GIUSTINIANO credè che bisognasse doverlo ridurre a sistema , e dare alla materia un carattere di *unità*:

Naturalium nomen Romanae legislationi dudum non erat in studium, nec quaelibet circa hoc fuerat humanitas, sed tanquam alienigenum aliquid et omnino alienum a republica putabatur: a *Constantini* vero piae memoriae temporibus in constitutionum scriptum est libris. Deinde paulatim in mediocritatem clementemque sententiam Imperatores transeuntes , leges posuerunt... invenientes modum per quem *naturali jure* priore liberati *legitimi* fierent... paulatimque etiam ad *ne-*

(1) L. 6 ivi.
(2) L. 7 ivi.
(3) Ved. le Autentiche alle LL. 10 e 11 ivi.

potes processerunt hujusmodi legislationes: et quoniam in nostra tempora venerunt et eorum qui paulo ante nos fuerunt, multam varietatem causa suscepit... Quia igitur aliqua quidem in constitutionum *Codice*, quem ex omni priorum imperatorum legislatione collegimus, de *naturalibus* scripta sunt filiis, quaedam vero in libro *Institutionum*: de his autem nos constituimus, aut jam perfecta comperimus, et nos ipsi *plurimas* fecimus de his constitutiones, alias quidem in praedictarum collectione constitutionum, alias etiam *postea*: ne *causa sit dispersa*, bene se habere credidimus, in *una constitutione colligere* quae pro omnibus sufficiat, ea quae de *naturalibus* sunt corrigere atque sancire. (Nov. 89 pr.)

In questo lavoro di unificazione egli però non si mantenne fedele alla Storia, tanto sotto il rapporto delle date, quanto rispetto all' origine delle forme che assunse questo *istituto giuridico*. Egli infatti pone in primo luogo la legittimazione per *oblationem Curiae*, in secondo quella per *subsequens matrimonium* o per *instrumenta dotalia*, in terzo quella per *Principis Rescriptum*, ed in quarto quella per *testamentum patris a Principe confirmatum*. E mentre riconosce per autore della prima Teodosio II, attribuisce a sè le altre tre:

Primus modus est legitimi juris existens civitatibus mox utilis, quem Theodosius piae et novae introduxit memoriae. Sancitum namque est ab eo, ut possit *naturales* filios, aut omnes, aut aliquos, *offerre* Curiis, aut filias curialibus *copulare*. (Cap. 2).

Reliqui sunt modi qui a *nobis inventi sunt*, quos percurremus (Cap. 8).

Ma quali erano l' indole propria e le condizioni di ciascuna di queste forme?

a) Perchè avesse luogo la legittimazione per *oblatio-*

nem Curiae, era necessario che il *padre naturale* avesse o fatto iscrivere il figlio alla Curia, o avesse sposata la sua figlia ad un Curiale. Il che potevasi fare da qualunque *padre*, senza differenza di condizione, ed anche quando avesse figli *legittimi*. Potevasi inoltre fare in *vita* e direttamente, e dopo la *morte* dichiarando la volontà in un valido testamento:

... Si quis fuerit *naturalium* filiorum pater, sive Curialis existens, sive liber a Curia, licentiam habebit, omnes aut quosdam ex eis, sive legitimorum sit filiorum pater, sive etiam non, sed solummodo *naturalium*, *offerre Curiae*, licet forte illustris dignitatis sint filii suscepti.... *Oblationis* autem modus sive fiat a patre adhuc superstite.... sive eum pater sub gestis monumentorum offerat, sive moriens in testamento conscribat oportere fieri curialem: deinde ille amplectatur scripturam (Cap. 2).

b) Il secondo modo si verificava contraendo legittime nozze mediante un contratto scritto (*per instrumenta dotalia*); nel qual caso la legittimazione seguiva indipendentemente da qualunque dichiarazione dei coniugi circa il riconoscimento e la legittimazione dei figli, ed anche qualora esistessero figli *legittimi*:

... Si quis *dotalia* scripserit ad liberam in principio, sive ad libertam mulierem, *cui omnino licet copulari*, in concubinae schemate sibi, aut legitimorum filiorum jam pater existens, aut etiam filiorum naturalium pater legitimas esse nuptias, et filios vel praecedentes vel conceptos, *legitimos* ei *esse* sancimus (Cap. 8).

c) Il terzo accadeva, quando non esistendo figli *legittimi*, nè potendo contrarre legittimo matrimonio, sia per un impedimento sopravvenuto, sia per la morte della *concubina*, sia per l'incapacità in cui si poteva trovare il padre a stipulare il contratto di matrimonio, i

figli *naturali* venivano legittimati mediante un *Rescritto* dell' Imperatore:

.... Si quis filios legitimos non habens, sed tantummodo *naturales*, ipsos quidem *legitimos facere* voluerit, mulierem vero in promptu non habeat omnino; aut habeat quidem, non tamen sine peccato; aut si non appareat, aut aliter dotalium instrumentorum non habeat facultatem (quid enim si ad sacerdotium alter eorum ascendat?): damus ei fiduciam, ad legitimum jus filios educere *naturales*.... Hoc agat per *nostrum Rescriptum*.... Sit igitur licentia patri in praedictis casibus matrem in priore schemate relinquenti, imperio preces offerre, hoc declarantes, quia vult *naturales* suos filios restituere naturae antiquae *ingenuitati* et *juri legitimo*. (Cap. 9).

d) Il quarto, quando il padre *naturale*, non avendo in vita potuto, per qualunque siasi causa, legittimare i suoi figli, manifestava mediante un valido *testamento* la volontà di farlo, purchè, presentato al principe dai figli stessi, fosse stato con un reale Rescritto confermato:

Si is qui solummodo *naturalium* filiorum est pater, per quosdam fortuitos casus non *valuerit* hoc agere, moriens autem sub quodam praedictorum casuum scripserit testamentum, volens sibi *legitimos* esse filios successores: et in hoc damus ei licentiam et fiduciam, supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem patris, et hoc dicentibus, et ostendentibus patris *testamentum*, et heredibus existentibus secundum legem: hoc quoque donum habeant patris et Principis, id est dicere, naturae simul et legis (Cap. 10).

In tutti questi casi però la legittimazione non produceva alcuno effetto, se non quando i figli avessero prestata adesione alla legittimazione:

Generaliter in omnibus qui per praedictos modos deducuntur ad *legitimum jus*, tunc hoc volumus obti-

nere, dum et *filii hoc ratum habuerint.* Nam si solvere jus patriae potestatis, invitis filiis, non permissum est patribus, multo magis sub potestatem redigere invitum filium et nolentem, sive per *oblationem* ad Curiam, sive per *instrumentorum celebrationem,* sive per aliam quamlibet machinationem (Cap. 11).

§ 14.

Rapporti che nascevano dalla famiglia (Familiae vincula).

A giudicare rettamente l'indole di codesti rapporti, occorre ricordare (1) come venne considerata la *famiglia* nel *Diritto antico* e nel *nuovo.*

Nel *primo periodo* (2), la *famiglia* era considerata come un piccolo Stato, quantunque facesse parte della Gens e dello Stato propriamente detto. Ma se era distinta dallo Stato in quanto al *reggimento,* gli era del tutto conforme rispetto alla *forma.* E poichè in questo periodo la *forma* dello Stato era *aristocratica* o *eroica,* tale pure era la *forma* della *famiglia* (3).

Essa inoltre non era soggetta al *Diritto comune,* ma ad un *Diritto speciale* e *proprio*; se non che anche sotto questo rapporto tra il *Diritto comune* ed il *Diritto speciale* vi era una perfetta simiglianza, attesa la simiglianza della *forma* (4).

Nel *secondo periodo,* essendo mutata la *forma* dello Stato, poichè all' *aristocrazia* successe la *democrazia* o *repubblica*, anche la *forma* della *famiglia* avrebbe dovuto del tutto mutare, e con essa anche il *Diritto*; ciò non ostante tanto nell' una, quanto nell'altro, non vi furono che parziali mutamenti (5).

(1) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3 § 2.
(2) Ved. la Storia, Introd. § 3 in fine.
(3) Ivi, lib. 1. cap. 1 § 2.
(4) Ved. la Storia, ivi, e cap. 3 § 2.
(5) Ivi.

La trasformazione totale della *famiglia* e del suo *Diritto* successe, nel *terzo periodo*; ma anche in questo tempo gl' *istituti di famiglia* conservarono molte parti dello spirito che li informava nei periodi precedenti.

In tutti i tempi però troviamo nella famiglia le medesime relazioni. Or codesta identità non è da riguardare nè come un *caso*, nè come un *disegno* della politica dei tempi, ma come una conseguenza della *natura organica* della *famiglia*, fatta astrazione dalla sua *forma*, cosicchè in qualunque tempo ed in qualunque luogo non si possono avere che sempre gli stessi rapporti. Ma quali sono questi rapporti?

In qualunque modo si veniva organizzando la *famiglia*, produceva, come accade nello STATO, un triplice rapporto, e questi rapporti per comodo della scienza si possono denominare di *autorità* o *potestà*, *di subordinazione* o *dipendenza*, e di *coordinazione*, quantunque non vi sia nelle fonti alcuna locuzione di questa natura (1).

La *potestà* o *autorità* apparteneva alla *famiglia*, e si esercitava principalmente, come vedremo, da colui che era il fondatore della famiglia, sia col *matrimonio*, sia coll' *adozione*, sia con la *legittimazione* (2).

Erano *soggetti* a questa *autorità* o *potestà* coloro che o erano *realmente nati*, o *si fingevano tali*, dal fondatore della famiglia (*personae quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae*) (3).

(1) Queste locuzioni si trovano usate da uno scrittore moderno per esprimere i rapporti che nascono da uno STATO. A noi è paruto che si potessero adoperare anche per quelli che nascono dalla *famiglia*, attesa la similitudine tra l'uno e l'altra (Ved. JHERING, Spir. del Dir. rom. § 16 e 17.

(2) Vedi il § seguente.

(3) Ved. pag. 148.

Essi perciò si chiamavano *filiifamilias*, quasi nati dalla famiglia, nel senso stesso nel quale *filius* assolutamente preso si diceva chi era nato dal marito e dalla moglie:

Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur (L. 6 D. lib. 1. tit. 7. de his qui sui vel alieni jur. sunt).

Erano *coordinati* coloro che non discendevano gli uni dagli altri, ma derivavano dallo stesso *paterfamilias*, in uno dei tre modi onde la famiglia si costituiva (*qui ex eadem domo et gente proditi sunt*). E perciò si appellavano *agnati*, quasi *a patre cognati* o *ab uno nati* (1).

Ma quando la famiglia si organizzava per mezzo del matrimonio, nascevano due altre specie di rapporti, cioè i *coniugali* e quelli di *affinità*: i primi concernevano i coniugi, i secondi uno di loro coi parenti dell' altro (2).

§ 15.

Rapporti di autorità

Come nello Stato in senso proprio l'*autorità* appartiene allo stesso, e l'*esercizio* di essa ad alcuni individui, nominati con le norme reggitrici di ciascuno Stato; così nel primo e nel secondo periodo l'*autorità* apparteneva alla *famiglia*, e l'*esercizio* ad alcuni suoi membri. Ora tanto nello Stato quanto nella *famiglia* coloro che ne *esercitavano l'autorità*, nol facevano nè per proprio diritto, nè nel proprio interesse; imperocchè essi non erano che la *personificazione* dell'uno o dell' altra (3).

(1) Ved. pag. 149. e la Storia, cap. 2. Sez. 3. § 2.

(2) Ved. pag. 159.

(3) Ved. i Primi, lib. 1 cap. 2 in fine, e Gravina, de jure nat. gent.

Nella *famiglia* l'*esercizio* dell'*autorità* era diviso tra il *fondatore* della *famiglia* ed i membri di essa, come nello Stato era diviso tra il *Re*, il *Senato* ed i *Comizii* (1).

Sotto questo rapporto il fondatore della *famiglia* prendeva il nome di *paterfamilias*, *Dux* o *Princeps familiae* (2).

Gli altri membri della *famiglia*, che partecipavano, come si è detto, all' *esercizio* dell' *autorità familiare*, formavano un corpo (*corpus*), il quale si trova chiamato ora *Tribunal domesticum*, ed ora *Consilium propinquorum* o *necessariorum* (3). Gl' interpetri sono tutti uniformi nell' ammettere un' *assemblea* di *famiglia* destinata ad esercitare una parte dell'*autorità familiare;* ma non sono egualmente uniformi circa le *persone* di cui si componeva, e circa la parte di autorità che era chiamata ad esercitare.

.L'*autorità* familiare era chiamata *patria potestas* (4), evidentemente dal nome di colui che ne esercitava la parte maggiore (*paterfamilias*). Ciò ha dato motivo a credere che l' *autorità* competesse allo stessò per *diritto proprio;* ed a giustificarla in questo senso, gli interpetri si sono stillato il cervello, e hanno finito per dire che l'*autorità* derivasse dai rapporti *naturali* di ge-

et XII. tab. cap. 25. ed OTTONE, Com. alle Inst. lib. 1. tit. 9 — Ci reca meraviglia come coloro che ammettono, come noi, che la famiglia fu, nel *Diritto antico*, considerata come un piccolo STATO (Ved. la storia lib. 1 cap. §), abbiano, meno poche eccezioni, lasciato questo concetto senza applicazione ai rappresentanti di famiglia, cercando di giustificare l'*autorità paterna* con altre ragioni (Ved. la 5. n.)

(1) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 5. § 2. e 4.

(2) Ved. la Storia, lib. 1 cap. 3 § 2.

(3) Ved. la Storia, ivi § 6.

(4) Ivi. Ved. pure i testi seg.

nitore e *generato* (1), senza ricordare che essa apparteneva al *paterfamilias* come persona *giuridica* e non come persona *fisica* ; che si aveva non solo nella *famiglia* fondata col *matrimonio* o con la *legittimazione*, ma anche in quella fondata con l' *adozione* ; che si negava alla madre della quale il figlio era parte principale (2); e che in fine non si esercitava sui figli nati dal matrimonio, quando erano emancipati. Inoltre la locuzione *patria potestas* non era il solo modo che si usava per denominare l'*autorità familiare*, ma s'incontrano anche le locuzioni *patria majestas* , *imperium paternum* (3).

L' *autorità* tuttavia di cui parliamo non riguardava i membri della *famiglia* in generale, ma soltanto quelli della *famiglia* in senso stretto (*jure proprio*), cioè i soli *discendenti* (4).

Essa si estendeva sulla *persona* dei membri della *famiglia*, e sugli *acquisti* che essi potevano fare. L'*autorità* sulle *persone* era giustificata, tanto per l'*origine*, quanto per l'*estensione*, dalla *formd* della *famiglia* e del *Diritto* dei primi due periodi, come abbiam veduto. Quanto all' *autorità* sugli *acquisti* , si potrebbe spiegare anche nella stessa maniera , qualora si ammettesse per vero che nell' antico *Diritto* tutto apparteneva allo *Stato*, senza distinzione di cose mobili e di cose immobili (5); ma si può anche derivare dal *condominio* di *famiglia*, ammesso nell'antico *Diritto*, e del quale si trovano le pruove anche nel *Diritto nuovo*, come risulta dalle fonti relative al *Diritto* di *successione*.

In *suis* heredibus evidentius apparet, *continuationem*

(1) Ved. Vico, de uno univ. jur. pr. § 101. e 102. e gli autori citati a pag. 227.

(2) Ved. i testi a pag. 47-48.

(3) Ved. la Storia lib. 1. cap. 3. §. 2.

(4) Ved. pag. 148.

(5) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 5. §. 3.

dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: quasi olim hi *domini* existimantur: unde etiam *filiusfamilias* appellatur, sicut *paterfamilias*: sola nota hac adjiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus est: itaque post mortem patris non *hereditatem* percipere videntur; sed magis *liberam bonorum administrationem* consequuntur: hac ex causa, licet non sint heredes instituti, *domini sunt*: nec obstat quod licet eos exheredare, quod et *occidere* licebat (L. 11. D. lib. 28. tit. 2. de lib. et posth. her. inst.—GAJO, comm. 2. § 156 e 157—Inst. di Giustiniano, lib. 2. tit. 19. § 2.)

Il più ampio ed importante *potere* che aveva la *famiglia* sui suoi *membri* era *il jus vitae et necis*, il quale secondo gli scrittori i più antichi delle cose romane (1) derivava dal vetusto *Diritto* di Roma, sia che questo *Diritto* si voglia ritenere manifestato per mezzo della *consuetudine*, sia per mezzo della *Legge*, e fu poi travasato nelle leggi delle XII tavole:

Endo liberis justis jus vitae necis venumdandique potestas ei esto (2).

Questo *potere* abbracciava anche quello di *esporre* i figli (3).

Dopo il *Diritto* di *vita* e di *morte*, veniva il *diritto* di *alienare* i figli, come risulta dalle stesse Leggi delle XII Tavole (4). E sotto nome di *alienazione* s'intendeva non solamente la *vendita*, ma anche la *pignorazione* e la *dazione* dei figli in *compensamento dei danni* che avevano potuto commettere (*noxae*), qualora la *famiglia* non avesse voluto o potuto ripararli altrimenti:

Omnes liberorum personae, sive masculini sive foe-

(1) Ved. il testo di DIONIGI nella Storia, lib. 1. cap. 3. § 2.

(2) Ved. i PRIMI, lib. 4. cap. 2. tav. IV. 30.

(3) Ivi, tav. IV. 29.

(4) Ivi, tav. IV. 31.

minini sexus, si in *potestate* parentis sunt, *mancipari* ab eodem hoc modo possunt, quo etiam servi *mancipari* possunt (Gajo, comm. 1. § 117).

Ex *maleficiis filiorum familias* servorumve, veluti si furtum fecerint aut injuriam commiserint, *noxales actiones* proditae sunt, uti *liceret patri* dominove, aut *litis aestimationem sufferre*, aut *noxae dedere*: erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum *corpora* parentibus dominisve damnosam esse (Gajo, comm. 4. § 75).

L'*alienazione* tuttavia non pregiudicava per nulla la *libertà* dei figli, anche quando espressamente fosse stata estesa alla stessa, poichè la *libertà* fu sempre tutelata rispetto a qualunque persona:

Libertati majoribus tantum impensum est, ut patribus, quibus *jus vitae in liberos necisque potestas* olim erat permissa, *libertatem* eripere non liceret (L. 10. Cod. lib. 8. tit. 47. de patr. pot.)

Colui adunque che riceveva i figli sia a titolo di *vendita*, sia di *pegno*, sia di *riparazione di danni*, non acquistava altro diritto se non di *servirsi* di essi come se ne sarebbe *servito* il *paterfamilias* per gli usi della vita (*servitiis*) (1). Anzi anche rispetto a questo *potere* coll'*alienazione* non s'intendeva mai accordato a *perpetuità*, poichè in tutti i casi veniva a cessare al tempo in cui si procedeva al *censimento* dei *cittadini*, non essendo obbligati i Censori a rispettare l'*alienazione* fatta dal *paterfamilias*. Laonde la più lunga durata poteva essere di un *quinquennio*. Si faceva eccezione soltanto pei figli i quali erano stati dati a titolo di *riparazione di danni*, i quali rimanevano sotto il potere di colui che li avea ricevuti fino alla compiuta riparazione:

Ii qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco

(1) Ved. il testo alla pag. 230.

habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui juris fiunt (GAJO, comm. 1. § 138).

Quin etiam invito quoque eo cujus in mancipio sunt, *censu* libertatem consequi possunt, excepto eo quem pater ea lege mancipio dedit ut sibi remancipatur: nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso quod mancipio recipit. Ac ne iis quidem dicitur invito eo cujus in mancipio est censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit: velut qui furti ejus nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit: nam hunc actor pro *pecunia* habet (Ivi § 140).

Gli antichi interpetri non erano di accordo intorno a due cose: alcuni sostenevano che la *famiglia* non avesse avuto mai il *jus vitae et necis* (1); altri che questo *Diritto* insieme agli altri di minore importanza sulla persona dei figli non si potesse esercitare se non sui figli di una certa età (2). Ma altri confutarono l' una e l'altra opinione (3).

L'*autorità* sugli acquisti che facevano i figli, importava che tutto ciò che essi *producessero* col loro lavoro o *ricevessero* da altri a qualunque titolo, accrescesse il *patrimonio* della *famiglia*. Stando alla lettera delle fonti parrebbe che appartenessero al *paterfamilias*.

Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate.... habemus.... Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus: item quod servi nostri mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulantur, vel ex alia qualibet causa adquirant, id nobis adquiritur: ipse et-

(1) LIBANIO, Declam. 21.

(2) Ved. CUJACIO, obs. lib. 19. 9. OTTONE, de Conj. lib. 3. 1. BINKERSOECHIO, de jur. occid. fil. cap. 6. PUCHTA, § 282.

(3) Ved. NOOD, Diss. Iulius Paulus (op. omn. vol. 1. pag. 466).

enim qui in potestate nostra est, *nihil suum* habere potest (GAJO, comm. 2. §§ 86 e 87).

Ma è più vero che come conseguenza dell' *esercizio* dell'*autorità familiare* ne avesse soltanto l' *amministrazione* e la *disposizione* (1).

Coloro che non badarono all' indole della *famiglia* primitiva, si maravigliano di questa *autorità*; e la meraviglia sembra essere giustificata dall' autorità di GAIO, il quale trovava la *potestas patria* de' Romani tanto *singolare,* che gli parve essere straniera a qualunque altra nazione:

> In potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus: quod jus proprium civium romanorum est: *fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus* (Comm. 1. § 55).

Ma l' opinione di GAIO non era nè vera nè esatta. Non era vera, perchè in fatto gli antichi popoli quasi tutti riconoscevano nella *famiglia* la medesima autorità, ed egli stesso diceva ricordare *Galatarum gentem credere, in potestate parentum liberos esse* (2). Non era esatta, perchè essa corrispondeva alla *forma* dell'antica *famiglia,* alla quale GAIO non pose mente. Or poichè tutte le nazioni ebbero la medesima *forma* tanto dello STATO, quanto della *famiglia,* perciò l'autorità familiare non poteva onninamente esser diversa (3).

Niuno ha mai messo in dubbio che al *paterfamilias* competesse l'*esercizio* dell' uno e dell'altro potere. Ma qual era la parte che ne aveva il Tribunale di *famiglia?* In generale gli scrittori ritengono che dovesse essere

(1) Ved. il testo a pag. 121-122.

(2) Ved. OTTONE, l. c.

(3) VICO l. c.

consultato in tutti i casi in cui l'*esercizio* dell'*autorità* cadeva sulla *persona* (1). Alcuni tuttavia la circoscrissero al solo caso dell'*esercizio* del *jus vitae et necis* (2); ed altri credettero che il suo intervento dipendesse dalla volontà del *paterfamilias* (3).

La maggior parte dei *patresfamilias* fecero buon governo dell'autorità che loro era stata affidata (4); ma alcuni senza dubbio abusarono di essa (5). Chi tuttavia credesse che questo abuso ne avesse motivata la riforma, sarebbe in gravissimo errore; perchè fino a quando il governo fu *eroico* o *aristocratico*, i membri di esso si guardavano bene dal censurare la condotta di un *paterfamilias*, poichè la censura sarebbe ricaduta sulla *forma* del governo. Non è già che anche quei pochi che abusavano della loro *autorità* restassero del tutto impuniti. Ciò che non facevano le leggi, cadeva sotto l'impero della *Censura* e dell' opinione pubblica, e di questi casi la Storia ci porge parecchi esempii (6). Le riforme furono la conseguenza dei mutamenti che successero nello Stato. Ma in qual' epoca ebbero cominciamento codeste riforme ? Alcuni credettero che il *jus vitae et necis* fosse stato abolito da Silla con la legge Cornelia *de* sicariis, altri da Pompeo colla legge Pompeja *de parricidiis* (7). Altri ne riportarono l'epoca

(1) Ved. Fresquet, Trib. di famiglia (nei nostri Annali, vol. 2. cap. ult.)

(2) Ved. Maynz, § 393.

(3) Ved. Fresquet, ivi, e la nostra Storia, lib. 1. cap. 3. § 6.

(4) Ved. i luoghi di Valerio Massimo citati nella Stor. lib. 1. cap. 3. § 1.

(5) Ved. lo stesso autore.

(6) Ved. Seneca de Clementia 1. cap. 14. Eccone uno : *Erixonem equitem Romanum memoria nostra, quia filium suum flagellis occiderat, populus in foro graphiis confodit. Vix illum Augusti Caesaris auctoritas infestis tam patrum quam filiorum manibus eripuit* (ivi).

(7) Binkersorchio, de occid., cap. 3.

sotto l'impero; ma questi stessi non furono d'accordo se l'abolizione cominciasse sotto AUGUSTO, TRAJANO, ADRIANO, DIOCLEZIANO o COSTANTINO (1). L'opinione però più conforme alle fonti, è quella secondo la quale l'abolizione cominciasse ai tempi di ADRIANO (117).

MARCIANO difatti narra, che avendo un padre in occasione di una caccia ucciso il figlio che aveva in sospetto di essere in relazioni turpi colla sua seconda moglie, fu condannato alla *deportazione* :

Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse: quod latronis magis quam patris jure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere (L. 5, D. lib. 48. tit. 9 ad L. Pomp. de parr.).

Ma COSTANTINO (319) fu poi quegli che non solo ritenne che i *patresfamilias* avessero perduto il *jus vitae et necis*, ma estese loro la pena che le Leggi delle XII Tavole avevano stabilite contro i *filiifamilias* parricidi (2); pena durissima, poichè il colpevole, racchiuso in un otre in compagnia di un cane, di un gallinaccio, di una vipera e di una scimia, era gittato nel mare o in un fiume, secondo il luogo in cui il reato si verificava:

Si quis parentis aut filii, aut omnino adfectionis ejus quae nuncupatione *parricidii* continetur, fata properaverit: sive clam sive palam id enixus fuerit (poena parricidii puniatur): et neque gladio neque ignibus, neque ulli alii solemni poena subjugetur, sed insutus culeo (cum cane et gallo gallinaceo et vipera et simia), et inter eas ferales angustias comprehensus, serpentium contubernii misceatur: et ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare, vel in amnem projicia-

(1) Ved. BINKERSOECHIO ed EINN. l. c.
(2) Ved. la L. 9. D. lib. 48. tit. 9. (ad L. Pomp. de Parricid.)

tur , ut omni elementorum usu vivus carere incipiat; et ei coelum superstiti , terra mortuo auferatur (L. unica, Cod. lib. 9. tit. 17, de iis qui par. vel fil. occid.)

Lo stesso diritto di *correggere* venne modificato a cominciare dal tempo di TRAJANO (114), il quale come attesta PAPINIANO costrinse un padre che trattava duramente suo figlio ad emanciparlo, ed essendo lo stesso trapassato, a consiglio di NERAZIO PRISCO e di ARISTONE , gli negò il diritto di succedere :

> **Divus Trajanus, filium quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare; quo postca defuncto , pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est (L. 5. D. lib. 37. tit. 12. si a par. quis man.).**

Di poi ALESSANDRO SEVERO (228) distinse la *correzione* dalla *punizione* ; e lasciando la *correzione* al *paterfamilias*, stabilì in forma di regola , che i figli meritevoli di *punizioni* gravi dovessero essere rinviati al magistrato:

> **Si filius tuus in potestate tua est, res acquisitas tibi alienare non potuit. Quem si pietatem patri debitam non agnoscit, *castigare* jure patriae potestatis non prohiberis : *acriore remedio* usurus si in pari contumacia perseveraverit, eumque Praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris (L. 3. Cod. lib. 8. tit. 47 de pat. pot.).**

Ma VALENTINIANO (374) dichiarò che anche il diritto di *correggere* non fosse permesso al padre se non coll'avviso dei più vecchi parenti :

> **In *corrigendis* minoribus pro *qualitate* delicti , *senioribus propinquis* tribuimus potestatem : ut quos ad vitae decora , domesticae laudis exempla non provocant , saltem correctionis medicina compellat. Neque**

nos in puniendis minorum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed jure patrio auctoritas corrigat propinqui juvenis erratum et privata animadversione compescat. Quod si atrocitas facti jus domesticae emendationis excedat, placet enormis delicti reos dedi judicum notioni (L. un. Cod. lib. 9. tit. 15 de emend. propinq.).

Il diritto di *esporre* i figli da prima non fu proibito; ma Costantino tolse ai padri quello di *rivendicarli* da coloro che gli avessero raccolti:

Quicumque puerum vel puellam, projectam de domo, patris vel domini voluntate scientiaque collegerit, ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se recollectum voluerit agitare, hoc est, sive filium sive servum eum esse maluerit: omni *repetitionis* inquietudine penitus *submovenda*, eorum qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recentes natos abjecerint (L. 1. Cod. Theod. lib. 5. tit. 7 de exp.).

La *proibizione* fu stabilita la prima volta da Valentiniano (374); il quale alla perdita del diritto di *rivendicazione* aggiunse una *pena* ad arbitrio del magistrato:

Unusquisque sobolem suam nutriat. Quod si exponendam putaverit, *animadversioni quae constituta est* subjacebit. Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit: nec enim *suum* quis dicere poterit, quem pereuntem contempserit (L. 2. Cod. lib. 8. tit. 52 de infant. expos. lib.).

Quanto al diritto di *alienare*, Caracalla (211) avea dichiarata nulla soltanto la *vendita:*

Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse te confiteris, quia proponis filios ingenuos a te venundatos. Sed quia factum tuum filiis obesse non debet,

adi competentem judicem , si vis ut causa agatur secundum ordinem juris (L. 1. Cod. lib. 7. tit. 16. de lib. causa).

Ma la nullità fu estesa anche alla *donazione*, al *pegno* ed a qualunque altro contratto, dagl' Imperatori Diocleziano e Massimiano (286):

> **Liberos a parentibus neque *venditionis*, neque *donationis* titulo, neque *pignoris* jure, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium trasferri posse , manifestissimi juris est. (L. 1. Cod. lib. 4. tit. 43. de patr. qui fil. distrax.)**

Alla proibizione di *vendere*, Costantino fece eccezione pel caso che genitori poveri alienassero i figli per provvedere col prezzo agli alimenti, a condizione tuttavia che i figli fossero di recente nati (*sanguinolenti*).

> **Si quis propter *nimiam paupertatem* egestatemque, *victus causa* filium filiamve *sanguinolentos* vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emptor obtinendi ejus *servitii* habeat facultatem. (L. 2. Cod. ivi).**

La *pignorazione* poi, come più facile ad accadere, fu anche oggetto di altri provvedimenti nel rapporto del *creditore*. Da prima fu stanziata la pena della *rilegazione*.

> ***Creditor* qui sciens filiumfamilias a parente *pignori* excepit, *relegatur* (L. 5. D. lib. 20. tit. 3. quae res pignor. vel. ipot. obl. non pos.)**

Di poi Giustiniano dichiarò che il creditore perdesse anche ogni ragion di credito, e fosse tenuto inoltre a pagare una somma uguale allo stesso, al figlio pignorato (1).

La *noxae datio* finalmente non ebbe bisogno dell' opera del legislatore per essere abolita: a misura

(1) Ved. la Novel. 134, cap. 7.

che la nuova civiltà si faceva strada, s'intese la ripugnanza di dare e di ricevere in luogo di moneta (*pro pecunia*) (1) un uomo libero:

> **_Nova_ autem hominum _conversatio_ hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab _usu communi_ hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum, et maxime filiam, in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse convenire. (Inst. lib. 4. tit. 9. § 7).**

L'*autorità* sugli *acquisti* si venne modificando coll'introduzione dei *peculii* (*peculia*). Appellavasi *peculium*, come vedremo (2), un piccolo *patrimonio* (*pusillum patrimonium*), che si concesse ai *filiifamilias*, e si costituiva dei beni che ad essi pervenivano. Da prima fu loro attribuito tutto ciò che avessero acquistato in *guerra*, o per ragione della *guerra*: di poi anche i beni acquistati coll' esercizio di una *carica* o di una *professione*: finalmente tutto ciò che in qualunque altra maniera loro fosse pervenuto. Di qui derivarono tre specie di peculii. I due primi erano stati già distinti coi nomi di *castrense* e *quasi-castrense* ed appartenevano al *filiusfamilias* in *piena proprietà*: il terzo fu la prima volta chiamato *pagano* (*paganum*) da GIUSTINIANO; il quale ponendolo inoltre in antitesi col *primo*, disse che il *secondo* doveva considerarsi come misto dell' una e dell' altra qualità. Il peculio *pagano* apparteneva in *proprietà* al figlio ed

(1) Ved. il testo a pag. 224.

(2) Dottr. della *proprietà*.

in *usufrutto* al padre, tranne alcuni casi ne'quali apparteneva in *piena proprietà* al figlio.

Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisivit, quod nisi militaret, adquisiturus non fuisset: nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium eius *castrense* non est (L. 11. D. lib. 49 tit. 17 de castrensi peculio).

.... Qui habent *Castrense* peculium, vel *quasi Castrense*, in ea conditione sunt, ut donare ...... possint (L. 7. D. lib. 39. tit. 5. de donat.)

.... Peculii triplex invenitur causa. Vel enim *paganum* est peculium, vel *castrense*, vel quod *medietatem* inter utrumque obtinet, quod *quasi castrense* nuncupatur (L. 37. Cod. lib. 23 tit. 28 de inof. test.)

Res quae ex matris successione sive ex testamento sive ab intestato fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate, ut *utendi fruendi* duntaxat habeant in diem vitae facultatem, *dominio* videlicet earum ad *liberos* pertinente (L. 1. Cod. lib. 6. tit. 60 de bon. mater.).

.... Si quis filiusfamilias, vel patris sui, vel avi, vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, *non ex eius substantia* cujus in potestate sit, sed ab *aliis* quibuscumque *causis*, quae ex liberalitate fortunae vel *laboribus* suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in *plenum*, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad *usum fructum solum* acquirat .... *dominium* autem filiis familias inhaereat, ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filiis familias adquisitarum rerum (L. 6. Cod. lib. 6. tit. 61 de bon. quae lib. in pot. pat. const.)

Nella scuola dei chiosatori poi il *peculium paganum* fu appellato *avventizio* (*adventitium* (1)), e suddiviso in

(1) Ved. Brissonio de verb. signific. v. *peculium*.

regolare ed *irregolare*, secondo che il padre avesse o no l' *usufrutto* de' beni di cui si componeva. Oltre di questi tre peculii ve ne era anche un altro, il più antico di tutti, il quale nella suddetta scuola ebbe il nome di *profettizio* (*profectitium*). Questo peculio concerneva i beni che fin dai primi tempi soleva il *paterfamilias* dare in *amministrazione* ai *filiifamilias* nel proprio interesse. Ma è facile il comprendere come questa specie di peculio non alterava punto l' autorità del *paterfamilias* sugli acquisti che facevano i *filiifamilias* per causa di questo peculio, perchè essi accrescendo il peculio stesso venivano ad accrescere il patrimonio del padre.

Ma quando e da chi i peculii furono introdotti? Anche intorno a ciò le opinioni non sono uniformi (1). Pare però che la più probabile sia quella che attribuisce a CESARE (708) il peculio *castrense*, come conseguenza del diritto di *testare* dallo stesso conceduto ai *militari*, dei beni acquistati in guerra ed in occasione della guerra; ed a COSTANTINO gli altri due *peculii* (2).

§ 16.

Rapporti di SOGGEZIONE.

Su di essi si fondava la distinzione di persone *sui juris*, *et alieni juris* o *alieno juri subiectae*, che è una delle più importanti nel *Diritto* delle *persone*.

> Sequitur de jure personarum alia divisio; nam quaedam personae *sui juris sunt*, quaedam *alieno juri sunt subiectae*. (GAJO, Comm. 1. § 48. Inst. lib. 1. tit. 8. p. r.)

Vero è che sotto questa classificazione se ne con-

(1) Ved. EINN. antiq. rom. lib. 2. tit. 9.

(2) Ved. quel che diremo nella Dottr. della *proprietà*.

tiene anche un'altra, che figura come suddivisione del secondo membro della prima, la quale equivale alla distinzione di *homines liberi aut servi* di cui abbiamo parlato altrove (1).

Rursus earum (personarum) quae *alieno juri subiectae* sunt, aliae sunt in *potestate parentum*, aliae in *potestate dominorum* . . . . . . In potestate dominorum sunt *servi*. (Inst. ivi pr. § 1.)

Ma non sarebbe esatto il credere che ciò facendo si volesse assimilare le persone *libere* soggette alla *patria potestas*, a' *servi* soggetti alla *potestas dominica*. Imperocchè senza dubbio per molte cose essi si trovavano nella medesima *condizione giuridica;* ma le prime non erano *sui juris* per ragione della *dipendenza* dalla *famiglia*, ed i secondi, non perchè avessero un *padrone*, essendovi, come abbiam veduto, anche de'*servi* senza *padrone* (2), ma per *difetto* assoluto della *capacità di Diritto* (3).

Le *personae sui juris* erano anche chiamate *patresfamilias*, quantunque non avessero figli di alcuna maniera.

.... *Paterfamilias* appellatur qui in domo dominium habet: recteque hoc nomine appellatur, *quamvis filium non habeat:* non enim solum personam ejus demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus (L. 195. § 1. D. lib. 50. tit. 16 de verb. signif.).

La locuzione dunque di *paterfamilias* aveva un doppio significato, cioè di fondatore di una *famiglia* e di persona non soggetta alla *patria potestas*.

Le *personae alieno juri subjectae libere* invece erano chiamate anche *filiifamilias* (4).

(1) Ved. Sezione 1. § 1 e 2.

(2) Ved. pag. 109.

(3) Ved. pag. 109. e di SAVIGNY app. al § 65 vol. 2.

(4) Ved. pag. 151.

Ora il *filiusfamilias* nel rapporto collo STATO, era come il *paterfamilias capace* tanto del *godimento*, quanto dell'*esercizio de'dritti politici* (*jus suffragii*, *jus honorum*).

Filiusfamilias in *publicis causis* loco *patrisfamilias* habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur (L. 9. D. lib. 1. tit. 6. de his qui sui vel al. jur. sunt).

Come tale poteva, essendo magistrato, esercitare giurisdizione anche contra il *paterfamilias*.

Si quis *filiusfamilias* sit, et magistratum gerat, *patrem* suum, in cujus est potestate, *cogere poterit*, suspectam dicentem hereditatem adire et restituere. (L. 13. § 5. D. lib. 36 tit. 1. ad. Senat. Cons. Trebel.).

In *privatis negotiis pater filium* vel *filius patrem* judicem habere potest (L. 77. D. lib. 5. tit. 1. de jud. et ubi quis etc.).

. . . quippe judicare *munus publicum* est (L. 78 ivi).

Nam quod ad *jus publicum* attinet, non sequitur *jus potestatis*. (L. 14. pr. D. lib. 36. tit. 1. ad Senat. Cons. Treb.)

Codesto principio non pare che andasse soggetto ad alcuna eccezione. Non sembra neppur tale quel che osserva un chiarissimo romanista francese circa l'incapacità de'*filiifamilias* a prender parte ne'Comizii Centuriati, per mancanza di *censo* (1). Imperocchè in prima non è certo che i *filiifamilias* non fossero capaci di intervenire ne'Comizii (2), massime se è vero, come pretendono alcuni, che vi prendessero parte i *clientes* (3); ma in ogni caso non era il Diritto *privato* che derogava al *pubblico* come sembra al detto autore, ma il

(1) ORTOLAN, Explicat. hist. des Instit. vol. 1. pag. 19. nota 1.—Ved. pure MAYNZ, § 395. n. 14.

(2) Ved. di SAVIGNY, § 67.

(3) Ved. la Storia del Diritto lib. 1. cap. 6. § 5, e specialmente il luogo del NIEBUHR riportato in detto paragrafo.

Diritto *pubblico* richiedeva il *censo* che i *filiifamilias* non avevano.

Anche nel rapporto del *godimento*, e dell' *esercizio* de' diritti *civili* (*jus connubii* e *jus commercii*) era considerato come *paterfamilias*, ma non nell' *interesse proprio*, sì bene nell' *interesse* della *famiglia*; il che accadeva, come si è detto, per la *dipendenza* in cui era dalla *famiglia* (1). Egli adunque per regola poteva *ammogliarsi*, ma i figli che nascevano dal matrimonio cadevano sotto la potestà dell' *avo*. Poteva *acquistare* e *contrarre*, ma la *famiglia* ne traeva vantaggio:

Filiusfamilias ex *omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur*, et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest. (L. 39. D. lib. 44. tit. 7. de oblig. et act.)

Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate, manu, mancipiove habemus. . . Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus . . . mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid *stipulentur*, vel ex alia qualibet causa adquirant, id nobis adquiritur: ipse etenim qui in potestate nostra est, *nihil suum habere potest*.... Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habemus adquiritur nobis, sed etiam *possessio*; cujus enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio procedit (GAJO, Comm. lib. 2. § 86. 87. e 89).

Solo una cosa non poteva fare anche col permesso del padre, ed era il *testamento*, poichè questo atto era sotto l' impero del *Diritto pubblico* e non del *Diritto privato;* ed al *Diritto pubblico*, non si poteva derogare dalla volontà de' privati (2):

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim

(1) Ved. pag. 234.

(2) Ved. i PRIMI, pag. 148.

enim ii qui *alieno iuri subiecti sunt*, *testamenti faciendi jus non habent*, adeo quidem ut quamvis *parentes* eis *permiserint*, nihilo magis jure testari possint. (Inst. pr. lib. 2, tit. 12. quib. non est per. fac. testam.)

Filiusfamilias, qui *non potest facere* testamentum, nec *voluntate patris*, tamen mortis causa donare patre permittente potest. (L. 25 D. lib. 39. tit. 6 de donat.)

Se non che nell' esercizio del *jus connubii* il *filiusfamilias* avea bisogno dell'*autorizzazione* espressa del *paterfamilias*, come abbiamo veduto altrove (1); e nell'esercizio del *jus commercii* non ne avea bisogno se non quando l'atto potesse in qualunque maniera recar pregiudizio alla famiglia, valendo in questo caso il principio, che colui il quale era *alieno juri subjectus* potesse *migliorare*, ma non *deteriorare* la condizione di colui al quale si trovava soggetto; principio, che sebbene apparisse nelle fonti stabilito pei soli *servi* (2), tuttavia si ritiene essere applicabile anche al *filiusfamilias* (3). Perciò l' accettazione di una *successione* doveva esser fatta coll' autorizzazione del *paterfamilias*: attesochè l' eredità portava l' obbligo di pagare i *debiti*, i quali spesso eccedono il valore dei beni. Al contrario poteva accettare, senza autorizzazione, un *legato*.

.... Si heres institutus sit, nisi *nostro jussu hereditatem* adire non potest..... Et convenienter scilicet *legatum* per eos nobis adquiritur (Gajo, Comm. 2. 87).

Vero è che una volta pei *delitti* del *filiusfamilias* la famiglia era obbligata alla riparazione dei *danni*, ma però aveva il diritto di offrire per *riparazione* la persona di lui (*noxae dare*). Or, come si è detto innan-

(1) Ved. pag. 164 e 165.
(2) Ved. il testo a pag. 113.
(3) Ved. di Savigny, § 67.

zi, questo sistema fu modificato tanto in favore del *filiusfamilias* quanto della *famiglia*, togliendo ad essa il diritto di dare il figlio a titolo di *nossa*, e lasciando costui esposto direttamente alla riparazione di danni (1).

Rispetto alle obbligazioni che il *filiusfamilias* contraeva mediante *convenzioni*, per regola generale la famiglia non era tenuta all' adempimento di esse, se non negli stessi casi nei quali il *padrone* era tenuto all'adempimento delle obbligazioni del *servo:* cioè qualora, o fossero state contratte per incarico del *paterfamilias* (*jussu*), o la famiglia ne avesse tratto vantaggio (*in rem ejus versae*), o fossero state contratte per causa del *peculio profettizio* (2). Il figlio rimaneva direttamente obbligato, salvo se non si trattasse di obbligazioni per causa di mutuo, le quali furono dichiarate nulle dal senatoconsulto *Macedoniano* (3).

Filiusfamilias *promittendo* patrem *civiliter* non obligat, sed *se obligat* (L. 8. § 4 de acept.).

Se non che, l' azione non si poteva sperimentare durante la *soggezione* se non sopra i peculii *castrense* e quasi *castrense* (4).

Queste conseguenze delle relazioni di *soggezione* in cui erano i *filiifamilias*, restarono modificate dalla istituzione de' *peculii*, i cui beni, come si è detto, appartenevano ai *filiifamilias*, tranne l' *usufrutto* del *peculio avventizio* o *pagano*, che apparteneva al *paterfamilias* (5).

(1) Vedi pag. 231.

(2) Ved. D. lib. 15. tit. 1. (de pecul.).

(3) Ved. D. lib. 14. tit. 6. e Cod. lib. 4. tit. 28. (ad Senat. cons. Maced.(

(4) L. 2. pr. 4. § 2. e 5. D. lib. 14. tit. 5. (quod cum eo qui in al. pot.).

(5) Ved. pag. 231.

Il *filiusfamilias* adunque era un organo della famiglia per accrescerne il patrimonio, ed è in questo senso che alcuni autori lo hanno chiamato *instrumento animato* della famiglia (1).

Ora essendo la famiglia rappresentata dal *paterfamilias*, egli è facile lo spiegare come il *paterfamilias* ed i *filiusfamilias* fossero considerati come *una sola e medesima persona* (*eadem persona*):

...... Natura *pater* et *filius eadem* esse *persona* pene intelligantur (L. 11. Cod. lib. 6. tit. 26. de impub.)

E come negli atti che avevano per oggetto l'acquisto delle cose, la parola del *filiusfamilias* equivalesse a quella del *paterfamilias*, e viceversa.

..... *Vox tua* tanquam *filii* sit, sicut *filii vox tanquam tua* intelligitur (Instit. lib. 3. tit. 19. §. 4.)

...... Is qui alicujus potestate est... *patris vel domini* voce *loqui* videtur (§ 13 ivi) (2).

Di codesta *assimilazione* del *paterfamilias* e del *filiusfamilias* gli antichi interpetri non dubitarono punto (3), come non ne dubita la maggior parte degl' interpetri moderni (4); ma vi furono taluni che la impugnarono, come inconciliabile con alcuni testi (5).

(1) Ved. BINKERSOECHIO e VICO l. c. WALTER, § 512.

(2) Ved. pure le LL. 42. D. lib. 39. tit. 11. (de damno inf.); 130. D. lib. 45. tit. 1. (de verb. obl.) 16. D. lib. 47. tit. 2. (de furtis) e GOTOFREDO sulle stesse.

(3) Ved. GOTOFREDO, note alla L. 11. Cod. lib. 6. tit. 26. de impub. DONELLO lib. 2. cap. 35. FABRO, Rat. in Pand. com. alla L. 38. lib. 12. tit. 6. de condict. ind. — BACOVIO, Com. Inst. lib. 2. tit. 9. § 4. — VINNIO, idem lib. 2. tit. 9. § 3.

(4) Ved. MUBLENBRUCH § 563; gli autori citati nella nota 1. del § 435 delle Pandette dell'ARNDTS; e nota 11. al § 608 del MAKELDEY.

(5) Vedi MAYNZ § 399. I testi che si citano a questo proposito sono i seguenti: LL. 14. D. lib. 36. tit. 1. (de bon. poss.) 77 e 78 lib. 50.

Ma questi testi suppongono tutti casi ne' quali *le due personalità sono distinte*, perchè o si tratta di rapporti tra il *filiusfamilias* e lo STATO, o di rapporti ne' quali non si trova punto interessata la famiglia, atteso lo scioglimento dalla *patria potestas*.

L' *assimilazione* rendeva incompatibile *civilmente* qualunque rapporto giuridico tra il *paterfamilias* ed il *filiusfamilias*. Perciò gli atti, tanto a titolo *oneroso* quanto a titolo *gratuito*, co' quali il *paterfamilias* avesse avuto per oggetto di trasmettere al *filiusfamilias* la *proprietà* di una cosa o anche un semplice *jus in re*, erano *inefficaci* (1).

Lo stesso avveniva per le *obbligazioni*. Se non che rispetto a queste, tanto nel rapporto del padre quanto nel rapporto del figlio, se il *contenuto* dell'*obbligazione* aveva un fondamento nel *Diritto naturale* (*jus gentium*), produceva l'effetto di un'*obbligazione* puramente *naturale*, come accadeva pe' *servi* (2):

> **Quaesitum est, si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit? Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum; nam manere *naturalem obligationem*. (L. 38. §. 1. D. lib. 12. tit. 16. de cond. ind.).**

Fu dubitato se quel che abbiamo ora esposto del *filius familias* circa le *obbligazioni* si applicasse anche alla *filia familias*, ma non pare che il dubbio fosse fondato (3).

tit. 1. (de municip. et inc.) 38. lib. 50. tit. 17. (de reg. jur.) 10. § 2. lib. 46. tit. 1. (de fidejuss.) 1. Cod. lib. 4. tit. 13. (ne fil. pro. pat. vel pat. pro fil.) § ult. Instit. tit. 8. lib. 4).

(1) Ved. LL. 2. D. lib. 18. tit. 1. (de contr. empt.) 11. lib. 48. tit. 45. (de donat.) ec.

(2) Ved. pag. 114 e 115.

(3) Ved. DE SAVIGNY §. 67, ed append. al detto §.

§ 17.

Rapporti di coordinazione

L'agnazione (*agnatio*), sulla quale si fondavano questi rapporti, supponeva come quelli di *subordinazione* la *patria potestas* (1). Se non che i rapporti di *subordinazione* supponevano la *patria potestas* attuale e presente, ma quelli di *coordinazione* la supponevano sia presente, sia passata, sia futura, vale a dire una *patria potestas* alla quale o erano o erano state o avrebbero dovuto essere sottoposte le stesse persone, tranne se non fosse cessata per *diminuzione di capo* (*capitis minutione*). (2).

Perciò questa specie di rapporto non era possibile se non tra persone che discendevano da *maschi*, sia che esse stesse fossero maschi, sia femine.

> Sunt *agnati* per *virilis sexus* personas cognatione juncti, quasi a *patre* cognati: veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo.... At hi qui per *foeminini sexus* personas cognatione junguntur, non sunt *agnati*, sed alias naturali jure *cognati* (GAJO, comm. 1 § 156).

Così tra i fratelli e le sorelle, ed anche soltanto fra le sorelle, vi era *agnazione*; ma rispetto ai loro figli l'*agnazione* si trovava soltanto tra quelli che discendevano da fratelli; tra i discendenti delle sorelle, e quelli delle sorelle e dei fratelli, vi era soltanto *cognazione*. Così pure l' agnazione si trovava tra i figli

(1) Ved. quel che diremo della *manus* nel § seguente.
(2) Ved. i testi a pag. 149 e 154.

dello stesso padre, quantunque di madre differenti, ma non si trovava tra i figli della stessa madre, di padri differenti:

Vocantur autem *agnati* qui legitima cognatione iuncti sunt: *legitima* autem *cognatio* est ea quae per *virilis* sexus personas *conjugitur. Itaque qui eodem patre nati sunt fratres, agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei* vocantur: nec requiritur an *etiam matrem eamdem habuerint.* Item *patruus, fratris filio,* et invicem *is illi agnatus* est. Eodem numero *sunt fratres patrueles* inter se, id est qui ex duobus *fratribus* progenerati sunt: quos plerique etiam *consobrinos* vocant. *Qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus* (Gajo, Comm. 3. § 10).

Questi rapporti differivano da quelli di *subordinazione,* anche sotto un altro rispetto. Questi si ammettevano all' infinito, ma quelli non oltrepassavano il decimo grado (1).

Ma in un caso erano del tutto simili. Quando si trovavano più fratelli tuttavia sotto la *potestà* dello stesso *paterfamilias*, si consideravano anche fra loro come una *sola personalità*, e però non potevano entrare in quelle stesse *relazioni giuridiche,* nelle quali essi non potevano entrare col *paterfamilias,* tranne se non si trattasse de'*peculii castrense* e *quasi castrense.* Codesta incompatibilità risulta dalle stesse fonti che riguardano i rapporti di *soggezione,* come par che ne convengano gl' interpetri (2). Ma il testo principale, il quale fa più a proposito al caso, è la legge *frater a fratre,* la quale è restata celebre per avere torturato il cervello di parecchi interpreti, e specialmente di Bar-

(1) Ved. pag. 158.
(2) Ved. Makeldey, § 608.

TOLO (1), quantunque ad altri sia sembrata di facile intendimento (2). In questa legge si tratta di sapere se un fratello che avesse soddisfatto un'obbligazione contratta verso l'altro quando erano sottoposti contemporaneamente alla stessa potestà, avesse dritto alla ripetizione di quel che fosse stato da lui pagato dopo sciolta la potestà per la morte del padre (3).

Frater a fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam *mutuatus*, post mortem patris ei solvit: quaesitum est, an *repetere* possit? Respondit: utique quidem pro ea parte qua ipse patri haeres exstitisset, repetiturum: pro ea vero qua frater haeres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: *naturalem* enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus. (L. 38 D. lib. 12, tit. 6 de condict. indeb.)

Ora il dubbio nasceva appunto dall' *identità giuridica delle due personalità*, come avverte il FABRO.

Ratio dubitandi. Cum duo fratres in *ejusdem patris potestate* constituti simul contrahunt, sicuti certum est non posse illos invicem obligari *civiliter*, obstante scilicet jure patriae potestatis : quod efficit ut et *patris* et *liberorum* omnium qui in ejus potestate sunt *una eademque persona esse aestimetur* (4).

I rapporti di *coordinazione* erano anche *personali* e *reali* altrimenti detti *patrimoniali*.

Nel Diritto antico i rapporti *personali* trovavano la loro applicazione nel *matrimonio* (5), nella composizione del *Tribunale di famiglia* (6), *nella tutela*; i *patri-*

(1) Ved. GOTOFREDO e FABRO sulla stessa legge.
(2) Ved. gli stessi autori.
(3) Ved. DI SAVIGNY, § 4.
(4) Ved. Rational. in Pand. lib. 12, tit. 16.
(5) Ved. pag. 171. e seg.
(6) Ved. la Storia, l. c.

moniali nelle *successioni*. Nel nuovo, *i personali* solamente nel *matrimonio* e nella *tutela*, *i reali* nelle *successioni*.

§ 18.

Rapporti coniugali in ispecie (1).

Alcuni fanno cominciare i rapporti di *affinità* dai coniugi (2), sull'autorità di parecchi testi i quali pare che giustifichino codesta opinione, trovandosi i coniugi annoverati fra gli *affini* (*affines*), ed il rapporto tra loro chiamato *affinità* (*affinitas*).

Lege Papia hi *adfines* excipiuntur, qui *vir* et *uxor*, et gener et nurus, et socer et socrus unquam fuerunt. (Frag. vat. 218 e § 262 302. L. 5, Cod. lib. 6 tit. 24. (de her. inst.)

. . . Si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renunciata *adfinitas*, fructus quoque restituendi sunt (L. 38 § 1 D. lib. 22, tit. 1 De usur. ec.).

Altri al contrario distinguono i rapporti *coniugali*, da quelli degli *affini*; il che sembra più ragionevole, tanto secondo il Diritto *razionale*, quanto secondo il Diritto *positivo* (3).

I rapporti coniugali razionalmente sono di *uguaglianza*, come si è detto, salva la *gerarchia*, la quale è necessaria in qualunque società. Or se si dovesse giudicare dalla maniera onde i Romani consideravano il matrimonio, si dovrebbe aver per certo che nella famiglia romana la donna maritata fosse giuridicamente considerata in una condizione non inferio-

(1) Circa questi rapporti ved. SCHUPFER (La famiglia secondo il Dir. Rom.) vol. 1. tit. 2. pag. 215 e seg. GABBA (La condizione giuridica della donna), pag. 458 e seg. LABOULAYE (De la condit. civ. et polit. de la femme).

(2) Ved. MAKELDEY, n. al § 148. MAYNZ, § 103. ARNADT, n. al § 38. NAMUR, lib. 1. § 48.

(3) V. VAN-WETTER, § 46. GOUDSMIT, Pand. nota al § 29.

re a quella del marito. Oltre alle definizioni del matrimonio riportate altrove (1), anche CICERONE disse essere il matrimonio la più antica delle *società*; ed ogni società suppone l'*uguaglianza*.

Maritale conjugium sic comparatum est natura, ut non solum jucundissima, verum etiam utilissima vitae *societas* iniretur. Nam primum, ne genus humanum temporis longinquitate occideret, propter hoc mas cum femina est conjunctus; deinde ut ex hac eadem *societate* mortalibus adjutoria senectutis, nec minus propugnacula praeparentur (2).

Ma se si giudicasse dai particolari circa la forma e gli effetti che nascevano dal matrimonio, bisognerebbe seguire un avviso contrario.

Imperocchè nel Diritto antico matrimoniale soltanto le donne le quali non *conveniebant in manum*, non dipendevano dal *marito*, ma o dal *padre*, se era vivo e non le avea emancipate, o dal *tutore*, come diremo in appresso. Essendo esse affatto straniere alla famiglia del marito, e non avendo con lui rapporti di *dipendenza*, non poteano perciò neanche avere nè *diritti* nè *doveri*, nè quanto alla *persona*, nè quanto ai *beni* (3). Esse erano anche distinte quanto al nome: erano chiamate *uxores*, mentre le donne *in manum* prendevano il nome di *matresfamilias*.

.... Genus est *uxor*: ejus formae duae; una *matrumfamilias* earum quae *in manum* convenerunt, altera earum quae tantummodo *uxores* habentur (4).

Al contrario, le donne le quali *conveniebant in manum*, in *familiam viri transibant* (5), ed entravano colla

(1) Pag. 161.
(2) CIC. frag. aeconomic. (Ved. op. omn. vol. 9.—Ediz. Lemaire).
(3) Ved. JHERING, § 36.
(4) CIC. Top. § 3.
(5) GAIO, Comm. 1, § 111.

famiglia di lui nelle stesse relazioni nelle quali erano i *filiifamilias*; ed è per questo che anche rispetto ad esse si possono distinguere i rapporti di *autorità*, di *subordinazione* e di *coordinazione*. In questo senso Gaio disse che la *manus* era pure un istituto proprio de' Romani come la *patria potestas*:

> **Nunc de his personis videamus quae in *manu* nostra sunt: quod et ipsum jus proprium Civium Romanorum est (Comm. 1 § 108).**

Se non che, atteso il difetto di notizie, non si sa nulla di certo quanto alla natura ed all' estensione di questi rapporti, tranne una sola cosa, perchè viene attestata esplicitamente da Gajo, cioè che la donna in questo caso era assimilata alla *filiafamilias*.

> **Usu in *manúm* conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: quae enim veluti annua possessione usucapiebatur, in *familiam* viri transibat, *filiaeque* locum obtinebat (Com., ivi § 111).**

Ma se questa assimilazione fosse perfetta, così che si potesse alle donne *in manum* applicare il Diritto al quale erano sottoposti i *filiifamilias* in generale, non si può nè affermare nè negare senza grandi difficoltà. Ecco perchè gl'interpetri non sono di accordo nè sull'estensione dell'*autorità* del *marito* e della *subordinazione* della *donna*, quanto alla *persona* e quanto ai *beni*, nè sulla condizione della donna rispetto agli altri soggetti alla potestà del marito (*coordinazione*).

a) *Autorità del marito*—Ed in prima circa il *ius vitae et necis*, alcuni non l'accordano al marito in alcun caso (1); altri solamente in due, cioè quando la donna fosse stata colta in adulterio, e quando si fosse avvi-

(1) Ved. Laboulaye, sect. 2. e gli autori citati dal Walter, nella n. 2. § 475. Ihering § 36.

nazzata contro l'antica proibizione di *Romolo*, il quale anzi avea interdetto alla donna l' uso del vino in generale.

Temetum ne bibito (1).

Del resto l' esistenza di un *Tribunale di famiglia* anche nel rapporto della donna maritata (2), pruova nel marito il dritto di punirla.

Lo stesso dicasi dell' *alienazione*. Secondo alcuni non solo non potea il marito *alienare* la moglie, ma facendolo era votato agli Dei infernali (3). Secondo altri lo potea fare negli stessi casi in cui il *paterfamilias* potea alienare i *filiosfamilias*. E questa opinione sembra legittimata da un luogo di Gajo:

> Omnes liberorum personae, sive masculini, sive foeminini sexus, quae in potestate parentis sunt, *mancipari* ab hoc eodem modo possunt.... Idem juris est in earum personis quae in *manu* sunt: nam foeminae a coemptionatoribus eodem modo possunt *mancipari* quo liberi a parenti *mancipantur*. (Com. 1 § 117 e seg.)

Quanto all' *abbandono*, alcuni opinano che il marito avesse avuto il potere di farlo in tutti i casi: altri solo quando vi fossero giuste ragioni; altrimenti incorreva nella perdita del patrimonio, metà del quale si aggiudicava alla donna e metà al tempio di Cerere (4).

Intorno ai *beni*, tutti convengono che la donna non era capace di conservare il *patrimonio* che avea al

(1) Dionigi, lib. 2. Ved. i Primi, framm. delle LL. reg. etc.

(2) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3. § 6.

(3) Dionigi, ivi—Ved. Niebuhr, vol. 1 pag. 213 e 214. Jhering, vol. 1. § 37. 2 pag. 183.

(4) Ved. Niebhur l. c.

tempo del matrimonio, imperocchè CICERONE lo dice espressamente:

Cum mulier viri in *manum convenit*, omnia quae ejus erant, viri fiebant dotis nomine (1).

Lo stesso avveniva, secondo GAJO, di quel che acquistasse durante il matrimonio:

Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate, *manu*, mancipiove habemus (GAJO, Comm. 2, § 86).

Per eas personas quas in *manu* mancipiove habemus proprietas adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in *potestate* nostra sunt (Gajo, ivi § 90).

Ma se avesse potuto avere un *peculium*, come il *filiusfamilias*, non si può giudicare (2).

b) *Soggezione della donna*— Quali che fossero stati i rapporti di *autorità* tra il marito e la moglie soggetta alla *manus*, bisogna sempre e necessariamente ammettere che anche la moglie *quae conveniebat in manum viri* fosse una *persona alieni juris*.

. . . . Quaedam personae *sui juris sunt*, quaedam *alieno juri sunt subiectae*. Sed.... quae *alieno juri* subiectae sunt, aliae in *potestate*, aliae in *manu*, aliae in *mancipio* sunt (GAJO, Comm. 1, § 48 e 49).

Come tale, tra lei ed il marito doveva essere un'*identità* di persona del tutto simile a quella che abbiam trovata tra il *paterfamilias* ed i *filiifamilias*; ed in conseguenza anche un' incompatibilità di rapporti giuridici diretti a trasmettere i beni di qualunque natura dall'uno all'altro, e di contrarre obbligazione.

c) *Coordinazione*—Ma in che condizione era la donna maritata *cum manu*, rispetto a coloro che come lei e-

(1) TOPICA, § 4. Ved. pure JHERING, ivi.
(2) Ved. JHERING, § 36. n. 258.

rano soggetti alla stessa autorità? Essendo essa considerata come *filiafamilias* del marito, diveniva sorella degli altri *filiifamilias*, sia che essi fossero nati da lei, sia che fossero stati *adottati* dal marito:

> **Sororis nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum coventione aput patrem nostrum jura filiae consecuta est. (Gajo, Comm. 3. § 14).**

Anzi se lo stesso marito si trovasse tuttavia soggetto al *padre*, sia *legittimo* sia *adottivo*, era con lui nello stesso rapporto verso il *suocero*, ma il *marito* come *figlio* ed essa come *nipote*.

> **Necessarii (heredes) ideo dicuntur, quia omnimodo sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt....**
>
> **Idem juris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est; et in nurus, quae in manu filii est, quia neptis loco est (Gajo, Comm. 2, §§ 157 e 159).**

E che cosa avveniva in questo caso del potere del marito (*manus*)? Sembrerebbe che continuasse, non ostante la *potestas patria* del *suocero* sopra il *figlio* e sopra di *lei*, stando ad alcuni luoghi di Gajo e di Ulpiano:

> **Uxori quae in manu est, proinde ac filiae: item Nurui quae in filii manu est.... tutor dari potest (Com. 1 § 148, 2 § 159).**
>
> **. . . Sui heredes sunt liberi, quos in potestate habemus... item uxor quae in manu est, et nurus quae in manu est filii (Reg. lib. 22, § 14.)**

Ma non potendo la stessa persona essere sottoposta a più potestà nel medesimo tempo, pare che la parola *manus* in questi frammenti accenni all' *autorità astratta*, e non all' *autorità* di *fatto* del marito (1).

Così dunque la moglie *in manum* era anche soggetta

(1) Ved. un' altra interpretazione dello Schupfer, pag. 88.

a' rapporti di *coordinazione* come i *fratelli* e le *sorelle* sottoposti alla medesima potestà con tutte le conseguenze che abbiamo notate sul proposito nel § precedente.

Ora checchè sia dell' estensione degli enunciati rapporti, non potendo dubitare che nel matrimonio *cum manu* vi fosse stata un' *autorità* dalla parte del *marito* ed una *soggezione* dalla parte della moglie, simili o quasi simili a quelle del *paterfamilias* e dei *filiifamilias*, coloro i quali credettero che questi rapporti alterassero rispetto agli ultimi l' armonia della famiglia quanto all' *amore* ed alla *pietà* con la quale i genitori debbono trattare i figli, credettero che la turbassero eziandio rispetto ai riguardi che il marito deve alla moglie, ed in conseguenza il concetto del matrimonio che risulta dalle fonti sopra citate, rimanesse un puro *ideale* (1). Tuttavia, siccome furono pochi, anzi rari i *patresfamilias* che abusarono del potere che avevano sui *filiifamilias*, così furono anche rarissimi i casi in cui i mariti abusassero del potere che avevano sulle loro mogli. Se si vuol credere alla storia, la condizione della donna *quae conveniebat in manum viri*, non solo non differiva da quella che non era soggetta alla *manus*, ma in alcuni casi era migliore, sia pei vantaggi *giuridici* che godeva, tanto nella famiglia, quanto fuori di essa, sia per la *dignità*, le *considerazioni morali*, ed i poteri che aveva sopra gli altri membri della famiglia per concessione tacita o espressa del marito (2).

(1) Ved. pag. 245.

(2) Ecco alcune pruove: DIONIGI narra che le donne maritate furono dispensate da tutti i lavori domestici, tranne il tessere ed il filare; che ogni uomo il quale incontrava una matrona, doveva fermarsi per lasciarla passare; e che chiunque offendesse il loro pudore, sia con parole indecenti, sia offrendo ai loro sguardi oggetti della medesima na-

Nel Diritto *nuovo* le relazioni coniugali assunsero una nuova forma, la quale poco o nulla differiva da quella che nasceva dal matrimonio *sine manu* nel Diritto *antico*. In che dunque consistevano queste relazioni secondo il nuovo Diritto?

Razionalmente considerate le relazioni coniugali sono di una natura tale che non ammettono la possibilità della coazione esterna se non in pochi casi e di una forma speciale. Perciò a ragione vengono riguardate in generale di un valore puramente *morale* (1); e se talvolta sembrano *giuridiche*, ciò accade perchè si cerca di conseguirne l' esecuzione per mezzo di *coazione indiretta.* Così che l' ufficio del Diritto consiste esclusivamente a rimuovere gli ostacoli che potrebbero impedire la libera azione delle tendenze naturali e morali de' coniugi al conseguimento de' fini del matrimonio. Ora il *nuovo* Diritto, regolando i rapporti coniugali coi principii del *jus gentium*, tolse perciò loro la forma *giuridica* e *coattiva* del Diritto *antico*, abbandonando agli sposi l' adempimento di quei doveri che un tempo erano sottoposti ad una *esterna coazione*, tranne pochi casi, nei quali tuttavia la coazione non era che *indiretta.* Essi infatti si trovano nelle fonti ricordati, come precetti non di *Diritto*, ma di *morale*, sebbene dessero luogo a *pene corporali* o *pecuniarie*, o a *perdita* di diritto secondo le circostanze.

tura, era passibile della pena di morte. (V. lib. 2 e Niebhur, lib. 1 pag. 233-214). VALERIO MASSIMO narra che molti mariti preferirono la loro alla morte delle mogli, e molti altri si uccisero per averle perdute (Ved. lib. 4 cap. 6); e che molte mogli divennero celebri per l'amore verso i loro mariti (Ved. lib. 6 cap. 7). Ved. pure JHERING, vol. 2 § 36 e 37.

(1) Ved. MAKELDEY, § 560, e PUCHTA, § 287.

Così: 1) richiedevano la *fedeltà* de'coniugi, e l'*adulterio* dava luogo ad una *pena* (1) ed al *divorzio*.

Si de *adulterio* maritus putaverit posse suam *uxorem* convinci.... et si hujusmodi accusatio verax esse ostenditur, tunc *repudio misso* habere virum super ante nuptias donationem, etiam dotem (Novella 117, cap. 8, § 2).

Si quis in ea *domo* in qua cum *sua conjuge* commanet, contemnens eam, cum alia inveniatur in *ea domo* manens: aut in *eadem civitate* degens, in *alia domo cum alia muliere frequenter* manere convincitur, et semel et secundo culpatus, aut per suos, aut per mulieris parentes, aut per alias aliquas fide dignas personas, hujusmodi luxuria non *abstinuerit*: licere mulieri pro hac causa solvere matrimonium. (Ivi, cap. 9, § 5.)

2) Richiedevano il *reciproco rispetto* (2). Ed avveniva perciò che fra loro non si dava luogo ad azioni *infamanti o penali*, nè poteva l'uno testimoniare contro l'altro, nè essere costretti ad adempiere le *obbligazioni*, se non in quanto le loro forze lo comportavano (*in quantum facere poterant*).

. . . . *In honorem matrimonii turpis actio* adversus *uxorem* negatur (L. 2, D. lib. 25 tit. 2, de act. rer. amot.)

Constante matrimonio neutri eorum (*uxori* et *marito*) neque *poenalis* neque *famosa actio* competit, sed de *damno* in *factum* datur actio (L. 2 Cod. lib. 5, tit. 21, rer. amot.)

3) La donna doveva seguire il marito dovunque stimasse di stabilire il suo domicilio, purchè fosse decente (3).

***Imperatores* ANTONINUS et VERUS rescripserunt... mu-**

(1) Ved. pag. 205.
(2) Ved. pag. 165.
(3) Ved. il testo a pag. 181.

lierem, quamdiu nupta est, incolam eiusdem civitatis videri cuius maritus ejus est. (L. 38, § 3, D. lib. 50 tit. 1, ad Municip.

4) Il marito doveva difendere la moglie.

Si nupta *filia familiae iniuriam* acceperit, et *vir* et *pater* iniuriarum agant, Pomponius recte putat tanti patri condemmandum esse reum, quanti condemnetur, si ea vidua esset: *viro* tanti, quanti condemnaretur si ea in *nullius potestate esset*: quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet, et ideo si nupta in *nullius potestate sit*, non ideo minus eam iniuriam agere posse, quod et vir in suo nomine agat. (L. 18 § 2, D. lib. 47, tit. 10 (de iniur.)

Ed in compenso la moglie gli doveva *reverenza* ed *ossequio* (1).

Se non che, riconoscendo anche il *jus gentium* il bisogno di una *gerarchia* nella *famiglia*, il marito non fu spogliato di ogni *autorità* sulla *moglie*. Ma non essendo più quella dell' antico *jus civile*, prese non solo una nuova *forma*, ma anche un nuovo *nome*. Per una conseguenza necessaria di questi mutamenti accaduti nei rapporti *personali*, si vennero modificando anche i *patrimoniali*, come vedremo altrove.

§ 19.

Rapporti di affinità.

Anche quanto all'*affinità* il Diritto antico offriva delle anomalie a fronte dei principii generali, che vennero a cessare col Diritto nuovo.

L'*affinità* tuttavia non ebbe mai una grande influenza giuridica sui rapporti che si vengono stabilendo col matrimonio tra i parenti di uno degli sposi e

(1) Arg. dalle LL. 14. § 1 D. lib. 24 tit. 3 (solut. matr.) e 24 Cod. lib. 5 tit. 16 (de donat. inter vir. et uxor.).

quelli dell' altro. Nella *linea collaterale* l' affinità fu soltanto considerata come impedimento alla celebrazione del matrimonio, e quando esistevano i Tribunali di famiglia, gli affini aveano il diritto di prendervi parte (1). Nell'*ascendentale* al contrario, oltre questo impedimento e questo diritto di far parte de' Tribunali di famiglia, la *nuora* cadeva, come il marito, sotto la potestà del *suocero*, ed era considerata non come *figlia*, ma come *nepote* (2).

§ 20.°

Perdita dello status familiae.

Sotto qualunque rapporto si consideri l'*uso pratico* dello *status familiae* tanto nel *Diritto antico* quanto nel *Diritto nuovo* (3), è sempre vero che il suo fondamento era la *patria potestas* (4). Ora cessando la patria potestà parrebbe che dovesse sempre egualmente estinguersi lo *status familiae*. Tuttavia sarebbe un errore il dire in tesi generale che dove non esistesse più di *fatto* la *patria potestas*, non vi fosse neppure più *famiglia*, e quindi *status familiae;* imperocchè questa *esistenza di fatto* era necessaria solo per dare *origine* alla *famiglia*, ma non era egualmente necessaria perchè la *famiglia continuasse*, potendo bene accadere che più non esistessero i rapporti di *autorità* e di *soggezione*, e continuassero nondimeno ad esistere quelli di *coordinazione* quantunque modificati.

Ora l'*autorità* poteva *cessare* o nel rapporto di *tutti*

(1) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3. § 4.
(2) Ved. pag. 249.
(3) Ved. pag. 151-152.
(4) Ved. il § 2 di questo cap. e la pag. 249.

i *membri*, o soltanto dei *filiifamilias*, o solo della *moglie (uxor)*.

a) Nel rapporto di tutti i membri della famiglia l'*autorità* poteva *cessare* o con la *morte* o con la *capitis minutio*. Se non che gli effetti non erano gli stessi.

La *morte* estingueva la *patria potestas*, nel senso che morendo il *paterfamilias*, i *filiifamilias* non solo non erano più *soggetti*, ma diventavano essi stessi altrettanti *patresfamilias* o *homines sui juris*:

> Cum *paterfamilias moritur, quotquot capita* ei *subjecta* fuerunt *singulas familias* incipiunt habere: singuli enim *patrum familiarum nomen* subeunt. (L. 195. § 1. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)
>
> Hi qui in *potestate* parentis sunt, *mortuo* eo, *sui juris* fiunt (Inst. lib. 1. tit. 12).

Tuttavia essi rimanevano *agnati*, e però nei rapporti di *coordinazione*, per una finzione che la patria potestà *estinta* di *fatto*, continuasse ad esistere di *diritto* anche dopo la morte (1).

Talvolta però accadeva che l' *autorità* di *fatto* non venisse a *cessare*, ma a *passare* da una persona ad un' altra. Questo caso si verificava quando il defunto *paterfamilias* lasciasse *filiifamilias* di *primo grado e di gradi ulteriori*. Allora i rapporti di *soggezione* cessavano solamente per i figli di *primo grado*, e non per quelli dei *gradi ulteriori*, i quali passavano sotto l' *autorità* dei primi:

> Hi vero qui in potestate parentis sunt, *mortuo eo sui juris* fiunt. Sed hoc distinctionem recipit: nam *mortuo patre* sane omnimodo *filius filiave sui juris* efficiuntur; *mortuo* vero *avo* non omnimodo *nepotes neptesque sui juris* fiunt, sed ita si post mortem *avi* in *potestatem patris recasuri* non sunt. Itaque si *mo-*

(1) Ved. pag. 158.

riente avo pater eorum *vivit* et in *potestate patris sui* est, tunc *post obitum* avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris, tunc ii qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt. (Inst. lib. 1. tit. 12. pr.—GAJO, Comm. 1. § 127).

La *morte* estingueva anche la *manus* secondo il *Diritto antico*, e la *maritalis potestas* secondo il *Diritto nuovo*.

La *capitis minutio* poi poteva accadere nel *paterfamilias* o in persona di coloro che gli erano *soggetti*, e come si è veduto, poteva essere *maxima*, *media*, et *minima*.

La *capitis minutio maxima* nel *paterfamilias* estingueva la *patria potestas:*

Poenae servus effectus filios in *potestate* desinit. Servi autem *poenae* efficiuntur qui metallo damnantur et qui bestiis subjiciuntur. (Inst. lib. 1. tit. 12. § 3).

Si qua poena pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel servus *poenae* efficiatur, sine dubio nepos filii loco succedit. (L. 7. D. lib. 1. tit. 6, de his qui sui vel al. jur. sunt).

Si faceva eccezione nel solo caso che la *capitis minutio* fosse stata l' effetto della *prigionia*. In questo caso la *patria potestas* non si *estingueva*, ma rimaneva in *sospeso* (*pendebat*) fino a quando il *prigioniero* non *facesse ritorno* o *morisse* presso il *nemico*. Nel primo caso i figli si presumevano di non essere mai usciti dalla *patria potestas;* nel secondo di essere divenuti *sui juris* fin dal giorno in cui avvenne la prigionia:

Si ab *hostibus captus* fuerit parens, quamvis *servus* hostium fiat, tamen *pendet* jus liberorum, propter *jus*

postliminii; quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia *pristina jura* recipiunt. Idcirco *reversus* etiam liberos habebit in potestate, quia *postliminium fingit* eum qui captus est, semper in civitate fuisse. Si vero ibi *decesserit,* exinde ex quo captus est pater, filius *sui juris* fuisse videtur (Inst. ivi § 5).

Una volta la *maxima capitis minutio* che derivava da una condanna *scioglieva* il *matrimonio*. Ma Giustiniano stabilì che il matrimonio durasse anche in tempo della pena:

Quod prius ex legum *severitate* introductum est, nos clementi cessione resolvimus. Si ex *decreto iudiciali* in *metallum* aliquis aut *vir* aut *mulier* dari jussus esset, ... *servitus* quidem erat, et ab antiquis legislatoribus sancita, et ex supplicio illata: *separabatur* vero *matrimonium* supplicio possidente damnatum, sibique servientem. Nos autem hoc remittimus, et nullam ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri *servum. Neque mutamus nos formam liberam in servilem statum.... Maneat igitur matrimonium....* utpote inter personas liberas consistens (Nov. 22, cap. 8).

Quanto alla *prigionia*, secondo il Diritto del *Digesto*, fino a quando si aveva conoscenza della *vita* del prigioniero, restava valido il matrimonio, salvo se il conjuge non si fosse valuto della *prigionia* come *causa di divorzio*. Ma in caso di dubbio si permetteva al coniuge di contrarre un altro matrimonio.

Et generaliter definiendum est, *donec certum est maritum vivere* in *captivitate* constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres *causam repudii* praestare. Sin autem in *incerto est*, an vivus apud hostes retineatur, vel morte praeventus, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, ita tamen ut bona gra-

tia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum jus habeat imminutum (L. 6 D. lib. 24. tit. 2. de div. et rep.)

Ma Giustiniano modificò anche questo sistema, estendendo l'ipotesi ad entrambi i conjugi, ed accordando al coniuge libero la *facoltà* di *rimaritarsi* trascorsi cinque anni dalle ultime notizie.

> **Si *incertum* sit, utrum *superest* an non quae ad hostes persona devenit: tunc quinquennium expectandum est, sive a viro sive a muliere (Nov. 22 cap. 7).**

Ora in questi due casi, per una giusta *analogia* con quello della prigionia, l'autorità del *marito prigioniero* doveva anche rimanere sospesa, fino a quando durava il matrimonio.

La *capitis minutio maxima* estingueva anche i rapporti di *coordinazione* nell' ordine puramente *civile.*

> ***Agnationis* quidem *jus* capitis minutione perimitur (Gaio, Comm. 1, § 158).**

Quanto ai *naturali,* le fonti sembrano in contraddizione. Da un luogo di Gajo parrebbe risultare che non venissero a cessare.

> ***Cognationis jus* capitis deminutione non commutatur, quia *civilis ratio.... civilia jura* corrumpere potest; *naturalia* vero non potest. (Ivi.)**

Secondo un luogo delle Istituzioni di Giustiniano al contrario, sembrerebbe che si venissero ad estinguere.

> **Quod dictum est manere *cognationis jus* etiam post capitis deminutionem, hoc ita est: si *minima* capitis deminutio interveniat, manet enim *cognatio.* Nam si *maxima* capitis deminutio interveniat, *jus* quoque *cognationis perit*, utpote servitute alicujus cognati, et ne quidem si manumissus fuerit, recipit *cognationem.* (Lib. 1 tit. 19 § 6.)**

La *media capitis deminutio* estingueva la *patria potestas*, perchè non si poteva conservare da chi perdeva la *cittadinanza* (*civitas*):

Dum is (*deportatus*) ob aliquod maleficium in insulam deportatur, *civitatem* amittit, sequitur ut quia eo modo ex numero *civium* romanorum tollitur, perinde ac si mortuo eo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is qui in potestate parentis sit in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse (Inst. lib. 1 tit. 12 § 1).

Lasciava nondimeno sussistere il *matrimonio civile*, salvo se anche quì non se ne facesse oggetto di *divorzio*.

Matrimonium quidem *deportatione* vel *aquae et ignis interdictione* non solvitur, si casus in quem maritus incidit non *mutat uxoris adfectionem* (L. 1 Cod. lib. 5 tit. 17, de repud.)

Ma l' *agnazione* e la *cognazione* si estinguevano come nel caso della *capitis minutio maxima*:

Si in insulam quis deportatus sit, *cognatio* solvitur. (Inst. ivi.)

Rispetto alla *capitis minutio minima*, bisognava in prima distinguere l' *adrogatio* dall' *adoptio*.

L' *adrogatio* importava la perdita della *suità* per parte dell' *arrogato*, poichè da *paterfamilias* diventava *filiusfamilias*; della *patria potestas* sui figli, perchè questi divenivano *nipoti*, epperò *filiifamilias* dell' *arrogante*; della *potestà maritale* (*manus*) sulla moglie, perchè anch' essa diveniva *filiafamilias*; e dell' *agnazione*:

Si *paterfamilias* adoptatus sit, omnia quae ejus fuerint, et adquiri possunt, tacito jure ad eum transeunt qui adoptavit: hoc amplius, *liberi* ejus qui in potestate sunt, eum sequuntur; sed et hi qui *postliminio* redeunt, vel qui in *utero* fuerunt, cum *adrogaretur*,

simili modo in *potestatem adrogatoris rediguntur*. (Pr. L. 15 D. lib. 1 tit. 7 de adop.)

Adrogato patrefamilias, liberi qui in ejus erant potestate, *nepotes* apud adrogatorem efficiuntur simulque cum suo patre in ejus *recidunt potestatem*: quod non similiter in adoptione contingit: nam nepotes ex eo in avi naturalis retinentur potestate. (Pr. L. 40 ivi.)

Nec solum majoribus deminutionibus *jus adgnationis* corrumpitur, sed etiam *minima*. (Gajo, Com. 1. § 163.)

L'*adozione* invece, una volta, estingueva l'*autorità* di colui che dava in adozione, trasmettendosi all'adottante; ma Giustiniano mantenne l'antico sistema nel solo caso che l'*adottante* fosse uno degli *avi naturali*, sia *paterno* sia *materno*: in ogni altro caso, stabilì che l'adozione non alterasse punto le antiche relazioni di *autorità*, di *soggezione* e di *coordinazione*, ma servisse soltanto ad attribuire all' *adottato* alcuni diritti puramente *patrimoniali*, sottoponendolo ad alcuni doveri del tutto *personali*:

.... Sancimus per *adoptionem* ad *extraneam personam* factam *jura naturalis patris minime dissolvi*, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus.... Omnia igitur.... *maneant integra jura*, sive ad inofficiosi querelam, sive ad alias omnes successiones, sive ab intestato, sive ex testamento, quae liberis deferuntur: ut ipse possit et prodesse patri naturali et ab eo naturalia debita percipere. Si vero pater naturalis *avo materno* filii sui, vel si ipse fuerit emancipatus, etiam *avo paterno*, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, maneat stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis nodo constrictum: et ad eum solum respiciat filium, cui eum et natura aggregavit, et lex per ado-

ptionem assignavit (L. 10, Cod. lib. 8, tit. 48, de adop. Instit. lib. 1 tit. 12 § 8).

Di qui derivò nella scuola la distinzione di *adozione piena* e adozione *semipiena*.

§

Continuazione — Cessazione dell' autorità nel rapporto de' soli filiifamilias.

Per regola generale la patria potestà durava per tutta la vita del figlio.

Romanorum legislator, omnem potestatem in filium patri concessit, *idque toto vitae tempore* (1).

Nè il *paterfamilias* poteva esserne spogliato se non a titolo di pena. Così abbiamo innanzi veduto avere l' Imperatore Trajano costretto un padre che trattava duramente un suo figlio ad emanciparlo; e Costantino aver tolto il Diritto di *rivendicare* i figli che erano stati esposti (2). L' Imperatore Teodosio (428) privò dell' autorità paterna i padri i quali porgevano in qualunque maniera occasione a peccare alle figlie.

Lenones patres et dominos, qui suis *filiabus* vel ancillis *peccandi* necessitatem imponunt, nec iure frui dominii, nec tanti criminis patimur libertate gaudere. Igitur tali placet eos indignatione subduci, ne potestatis iure frui valeant, neve quid eis ita possit adquiri. (L. 6 Cod. lib. 11, tit. 40, de spectac. et scaenic. ac lenon.)

E Giustiniano gliela tolse nel caso di seconde nozze *incestuose*.

Sancimus...... si quis illicitas et contrarias naturae (quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat) con-

(1) Ved. il testo intero di Dionigi nella Storia, lib. 1. cap. 3, §. 1.
(2) Pag. 227 e 229.

traxerit nuptias.... si contingerit ex prioribus nuptiis inculpalibus filios esse ei aut nepotes forte aut ulterius, paternam mox illi accipiant successionem, *suae* quidem *potestatis* patris *supplicio* facti. (Novella 12. cap. 1 e 2.)

Gli ufficii pubblici di qualunque natura ed importanza non toglievano nè sospendevano l'esercizio della *patria potestas*: e si sa come in molti casi i *patresfamilias* la fecero valere anche contro i figli Consoli, Dittatori ed investiti di altre funzioni (1).

A questo principio però vi erano delle eccezioni tanto nell'antico quanto nel nuovo Diritto. Nel Diritto antico si sottraevano alla patria potestà i *Flamines Diales* e le *Vestali*.

Exeunt liberi virilis sexus de *patris potestate*, si *flamines diales* inaugurentur, et feminini sexus, si virgines *vestales* capiantur. (Gaio, Comm. 1 § 130.)

Nel Diritto nuovo, coloro che erano investiti del *Patriziato*, del *Consolato*, del *Vescovato*, o di uno degli altri ufficii che esimevano dalla Curia.

Generaliter... sancimus ut omnis dignitas et omne cingulum a *Curia* liberare valens, hoc etiam suae potestatis praemium honoratis praestet, et nobiliores ad patres ostendat. (Nov. 81. cap. 1).

Se non che in questi casi i figli conservavano tutti i diritti che avrebbero avuto se fossero restati sotto la potestà del padre (2).

Ma se il *paterfamilias* non poteva essere spogliato della *patria potestà* fuori dei detti casi, la poteva però spontaneamente o *cedere* ad altri, come avveniva nell'*adozione*, o *rinunziarvi* per fare che il *filiusfa-*

(1) Ved. il detto testo di DIONIGI, nel l. c.

(2) Nov. 81. cap. 2.

milias divenisse *homo sui juris.* Codesta rinunzia doveva però farsi in un modo solenne, e l'atto fin dai più vetusti tempi prese il nome di *emancipazione* (*emancipatio*).

> *Emancipatione* quoque desinunt liberi in potestate parentium esse. (GAJO, Comm. 1, § 132—Inst. lib. 1 tit. 12 § 6.)

L' emancipazione assunse tre forme diverse, ed è per questa ragione che nella scuola è stata distinta in *antica, anastasiana e giustinianea* (1).

L' antica si soleva fare mediante la *mancipatio:* cioè alla presenza di cinque cittadini romani come testimoni (*testes*), di un *libripens* e di un *antestatus*, ond'è che si chiamava anche *emancipatio per aes et libram.* Essa però non aveva luogo privatamente, ma alla presenza del Pretore, perchè doveva esser seguita da una finta rivendicazione, la quale si poteva soltanto praticare alla presenza di un magistrato. Inoltre tanto l'uno quanto l'altro atto non si faceva che una sola volta quando si trattava di *figlie* o di *nipoti* di qualunque sesso; ma si doveva ripetere *tre* volte qualora si trattava di *figli* :

> *Emancipatione* quoque desinunt liberi in *potestate parentium* esse. Sed *filius* quidem *tertia* demum *mancipatione, ceteri* vero *liberi,* sive *masculini* sexus, sive *feminini, una mancipatione* exeunt de parentium potestate. Lex enim XII tantum in persona *filii* de *tribus mancipationibus* loquitur, his verbis: *si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto*; eaque res ita agitur. Mancipat pater filium alicui: is eum *vindicta manumittit*; eo facto revertitur in potestatem patris. Is eum iterum *mancipat*, vel eidem, vel alii; sed in usu est eidem mancipari: isque eum postea similiter *vindicta*

(1) EINN. Pand. pars. 1 § 178. MAKELDEY, § 614.

manumittit. Quo facto rursus in potestatem patris sui revertitur; tunc tertio pater eum *mancipat*, vel eidem, vel alii, sed hoc in usu est ut eidem mancipetur: eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum *manumissus sit*, sed adhuc est in causa mancipii apud eum cui mancipatus est, a quo si *rursus manumittatur sui iuris* fit. (Gaio, Comm. 1 § 132.)

Ora qual è l' origine ed il fondamento della necessità di questa *triplice* vendita de' *figli maschi* di primo grado? Per l' antico Diritto l' emancipazione de' *filiifamilias* era direttamente contraria alla natura *aristocratica* o *eroica della famiglia*, poichè mentre questa richiedeva la *perpetuità* della stessa (1), coll' *emancipazione* si esponeva al pericolo di essere sciolta, massime quando non vi era che un solo *filiusfamilias* o il numero di essi fosse molto ristretto. Perciò da una parte non vi si ricorreva se non per gravi ragioni, come quando un debitore soggetto al *nexus* voleva sottrarre i figli dal divenire *nessi* con lui (2); dall'altra, le leggi ne restringevano gli effetti quanto più fosse possibile. Uno de' casi ne'quali gli effetti dell'emancipazione si venivano a restringere, era il *censimento* (*census*), che si soleva praticare ogni cinque anni (3). Ora in questa occasione i *Censori* restituivano alla famiglia tutti gli *emancipati*, salvo a' *patresfamilias* di rimanciparli (4). Ora la giureprudenza ritenne che emancipando più volte contemporaneamente lo stesso figlio gli

(1) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3, § 5.

(2) Ved. Niebuhr, vol. 1. pag. 544-545.

(3) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 10. § 2. e cap. 12. § 4.

(4) Ved. pag. 198. Questo procedere de' *Censori* ha molta similitudine con quello che fu adottato in favore de' *redempti ab hostibus* dall'imperatore Onorio (ved. pag. 92), se pure quest'ultimo non fosse stato introdotto ad esempio del primo.

effetti da *temporanei* divenissero *perpetui*; e l' uso di emancipare per *tre volte* contemporaneamente, divenne poi una regola, la quale passò come legge nelle Dodici Tavole (1).

Questo sistema durò sino ai tempi di ANASTASIO (491). Il quale, senza abolire l'antica forma, concesse ai *paterfamilias* la facoltà di emancipare i *filiifamilias* dell' uno e dell' altro sesso mediante un *Rescritto* del Principe (*per divinum oraculum*). A questo proposito stabilì che, in qualunque luogo essi si trovassero, potessero supplicare il Principe *(supplicationibus porrectis)* per mezzo del magistrato competente; il quale, venendo accolta l' istanza, aveva il dovere di trascrivere nei suoi atti *(insinuare)* il Rescritto, e ciò sarebbe valuto per *emancipazione*.

> Jubemus *licere* parentibus, id est patri, avo paterno seu proavo, caeterisque ulterius per masculini sexus personas continua generis serie coniunctis, si liberos quos habent in potestate propria.... *per emancipationem* vel *absentes et peregre degentes*, *vel in iisdem locis* seu regionibus vel civitatibus commorantes... *juris sui constituere* maluerint: *supplicationibus porrectis* mereri super hoc *divinum oraculum:* hocque apud competentem judicem ad cujus iurisdictionem *actus emancipationis pertineret*, *insinuare*... ut hoc subsecuto, et auctoritate praecedente principali plenissimum robur emancipatio sortiatur: et personae in quas talis liberalitas collata sit, de *aliena potestate*, quasi a parentibus ex emancipatione manumissae liberentur. (L. 5, Cod. lib. 8, tit. 49, de emancip.)

L' antico procedimento fu abrogato da GIUSTINIANO, il quale inoltre modificò il sistema di ANASTASIO permet-

(1) Ved. nei PRIMI, tab. IV.

tendo ai *patresfamilias* di provocare l'*emancipazione* o dal Principe, o direttamente dal magistrato competente.

Cum inspeximus in emancipationibus *vanam observationem* custodiri, et *venditiones* in *liberas personas figuratas* et circumductiones inextricabiles, et iniuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur *exitus*; iubemus huiusmodi *circuitu* in posterum *quiescente, licentiam* ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel hoc sacro rescripto intrare competentis iudicis tribunal, vel eos adire magistratus quibus hoc facere vel *legibus* vel ex *longa consuetudine* permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel neptes, vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam, a sua manu dimittere, et legitima jura omnimodo habere etc. (L. 6. Cod. ivi).

Per regola generale l' emancipazione era facoltativa, nè andava soggetta ad eccezione nel Diritto antico. La giureprudenza però ne introdusse due.

1°) Un padre il quale fosse stato chiamato ad un'*eredità* o ad un *legato* colla condizione di *emancipare* il figlio, poteva essere costretto ad adempierla, qualora avesse accettata la disposizione (1).

2°) L' impubere arrogato con le forme stabilite dall'Imperatore ANTONINO PIO (2), poteva costringere l'arrogante ad emanciparlo qualora non trovava utile l'arrogazione (3).

L'*emancipazione*, attribuendo al *filiusfamilias* la *suità*, o la qualità di *homo sui juris*, in generale doveva essere accolta di buon grado da quei figli ai quali si veniva offerendo. Ma per le conseguenze che produceva, massime nell'antico Diritto, per molti

(1) L. 92. D. lib. 35. tit. 1. (de condit. etc.)

(2) Ved. pag. 200.

(3) L. 32. pr. D. lib. 1. tit. 7 (de adopt. et emancip.)

riusciva di pregiudizio. Perciò la giureprudenza venendo in soccorso dei figli che si trovavano in questa condizione, ritenne che l'emancipazione non producesse i suoi effetti se non quando fosse stata fatta col consenso dell'emancipato. Il quale principio divenne poi un precetto legislativo per la Nov. 89 cap. 11 (1).

§ 21.

Continuazione—Estinzione de' rapporti conjugali *in particolare.*

La *manus* dell'antico Diritto e la *maritale potestà* del nuovo si estinguevano nello stesso modo, vale a dire mediante lo scioglimento del matrimonio durante la vita degli sposi. Questo scioglimento poteva accadere in due forme diverse: potevano gli sposi volerlo entrambi egualmente; poteva uno de' due chiederlo contro la volontà dell'altro.

Due locuzioni le quali s'incontrano nelle fonti, destinate a significare l'atto dello scioglimento del matrimonio, stando alla definizione sembrano di avere un diverso significato: le due voci sono *divortium et repudium:* la voce *divortium* sembra applicarsi al matrimonio *già seguito;* la voce *repudium* al *promesso* (sponsalia):

> Inter divortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest: non recte autem *sponsa* divortisse dicitur: quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt. (L. 191. D. lib. 50 tit. 16. de verb. sign.)

(1) Ved. il testo a pag. 201.

Ma nell'uso di queste voci non era insolito che entrambe si adoperassero nel medesimo significato (1).

Alcuni interpetri sono andati ad un' altra opinione: han creduto che nel caso dello scioglimento all' amichevole si avesse il *divortium*, ed il *repudium* nel caso contrario (2). Ma a questa distinzione par che si opponga la definizione del *divortium* , la quale accenna al doppio modo di sciogliere il matrimonio:

Divortium vel a *diversitate mentium* dictum est, vel quia in *diversas partes* eunt qui distrahunt matrimonium. (L. 2 D. lib. 24 tit. 2. de div. et rep.)

Il *divortium* preso nell'uno e nell' altro significato, è stato ed è tuttavia materia di grave questione. Ma non pare che si possa decidere *a priori* , poichè presso tutti i popoli è stato ammesso, o rigettato, secondo il modo onde il matrimonio venne considerato. Certamente quando il matrimonio viene riguardato come qualunque altro *negozio*, dipendente soltanto dalla volontà delle parti, o come dicevano le leggi romane, dall' *affectio maritalis* (3), allora senza dubbio il *divorzio* diventa una conseguenza necessaria del matrimonio; poichè quella volontà che può menare due esseri di diverso sesso ad unirsi per riprodursi , li può anche separare per non unirsi più, o per unirsi ad altre persone :

Si mutua affectio matrimonium *conficit*, merito *diversa voluntas* , eadem per consensum *dirimit* (4).

(1) Ved. le LL. 12. D. lib. 23. tit. 2. (de rit. nupt.) e 101 § 1. D. lib. 50 tit. 16. (de verb. signif.)

(2) Ved. Einn. Pand. D. 4. § 230.

(3) Ved. pag. 180.

(4) Parole della N. 140 cap. 1. Ved. anche le ultime parole della N. 22. cap. 3.

Ora appunto tale fu considerato il matrimonio presso i Romani, massime negli ultimi tempi.

Nuptias itaque *affectus alternus facit*: dotalium non egens augmento: cum enim semel convenerint sub *puro nuptiali affectu*, sive etiam oblatione dotis et propter nuptias donationis: oportet causam omnino sequi etiam solutionem, aut innoxiam, aut cum poena: *quoniam eorum quae in hominibus subsequuntur*, *quicquid ligatur solubile est*. (N. 22. cap. 3.).

In conseguenza non deve recar meraviglia se il divorzio non si trovi proibito presso di loro, tanto nel *Diritto antico*, quanto nel nuovo. Tuttavia i primi casi di divorzio non s' incontrano che molto tardi. Secondo Valerio Massimo, Gallio, e Dionigi d' Alicarnasso sarebbe stato Spurio Carvilio Ruga, Cavaliere romano, il primo a ripudiar la moglie (520), per causa di *sterilità*; ma sebbene il fatto avesse un' apparente giustificazione, pure Carvilio cadde in odio del popolo e fu dai Censori notato d' infamia.

Repudium inter uxorem et virum a condita urbe usque ad *vicesimum* et *quingentesimum* annum *nullum* intercessit: primus autem *Sp. Carvilius* uxorem *sterilitatis* causa dimisit. Quamquam *tolerabili ratione* (1) motus videbatur, reprehensione tamen non caruit, quia nec cupiditatem quidem liberorum conjugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur (2).

Ma sembra che prima di Spurio Carvilio, Lucio Antonio (440), anche patrizio, repudiasse la sua, senza alcuna ragione, essendo giovane, bella ed onesta, e fu perciò espulso dal Senato (3).

(1) Dionigi dice *ob necessitatem* (lib. 2).

(2) Val. Massimo, lib. 2 cap. 1. n. 4. Ved. pure Niebuhr, vol. 3 pag. 328.

(3) Idem, lib. 2. cap. 9. n. 2. Ved. Gibbon, lib. 44. pag. 186. n. 3. Gravina, de jur nat. et gen. pag. 130.

Si è creduto anzi che il matrimonio *per confarreationem* non desse luogo a *divorzio* (1). Questa opinione però, la quale era generalmente ricevuta nell' antica scuola (2), venne rigettata nella nuova, fondandosi specialmente sopra la voce *diffarreatio*, di antichissima data, la quale evidentemente accenna al concetto di *divorzio* (3). Si conviene tuttavia che era di così difficile esecuzione, che si rendeva rarissimo, se non impossibile. (4).

Si credeva pure nella scuola antica, che sotto l'impero del matrimonio *cum manu*, il diritto di *divorziare* competesse soltanto al *marito* (5). L'opinione sembrava giustificata da un frammento delle LL. Regie (6) e dall' autorità di DIONIGI (7). Ma anche questa opinione non è stata ricevuta dagli scrittori moderni, specialmente sull' autorità di GAJO:

> ..... **Mulier quae cum viro suo coemptione fecit, si velit ab eo remancipari, eum nihilo magis potest cogere quam filia patrem: sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiam si adoptiva sit: haec autem virum, *repudio* misso, proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset (Com. 1. § 137.)** (8).

Secondo alcuni antichi scrittori inoltre, allora non si dava luogo a *divorzio*, se non per le cause stan-

(1) Questa opinione si poggia sull'autorità di DIONIGI, lib. 2. n. 25.
(2) Ved. JHERING, § 36.
(3) Vedi HUGO, Storia del Diritto romano; WALTER, n. § 4. 94. FESTO v. *diffarreatio*.
(4) Ved. NIEBUHR l. c., e vol. 1. pag. 214 n. 635.
(5) Ved. GRAVINA l. c.
(6) Ved. questo framm. nei PRIMI, lib. 4.
(7) Ved. lib. 2.
(8) Secondo la recente lezione di questo luogo di Gajo, ristaurato da' recenti filologi. Ved. GOUDSMIT, HUSCHKE, BRUNZ, GIRAUD.

ziate dalle leggi (1). Se queste cause fossero state realmente determinate non è abbastanza certo; ma quel che avvenne a Spurio Carvilio ed a Lucio Antonio, *pruova* senza dubbio che la coscienza del popolo romano *riprovava* il *divorzio*, o non lo *tollerava* se non in caso di *gravi motivi*.

Pare che codesta ripugnanza al *divorzio* non durasse se non fino allo scorcio della repubblica, o meglio del secondo periodo. Le guerre civili, l'amore pel lusso, la passione pe' guadagni, ed altre cause uguali o peggiori, portarono un istantaneo mutamento nella *religione* e nella *morale* a danno principalmente del *matrimonio*. Per ogni leggiera cagione, e talvolta per solo capriccio, gli sposi si accordavano a sciogliere il matrimonio, o si spingevano a provocarlo anche contro il consenso dell'altro; ed il conseguirlo nell'uno o nell'altro caso era tanto più facile, in quanto le leggi non avevano stabilito alcun procedimento particolare per esercitare codesta facoltà; la quale era protetta a tal segno, che si aveva per immorale la condizione di *non divorziare*, del che si trovano le tracce anche nel *Diritto* del Digesto (2). Così il *divorzio* divenne un fatto comune e frequente (3).

Le triste conseguenze che derivavano dall'abuso che si faceva del *divorzio*, avevano turbato non solo

(1) Ved. Gravina l. c.

(2) L. 134. D. lib. 45. tit. 1. (de verb. oblig.)

(3) Seneca diceva de'suoi tempi, parlando delle donne illustri, « *non Consulum numero, sed maritorum annos suos computant*. (De beneficiis lib. 3 e 6). Marziale, quantunque esagerasse, pure intendeva descrivere i suoi tempi quando diceva avere una donna presi in un mese dieci mariti (Epigr. VI. 7.). E S. Girolamo scrisse, avere conosciuta una donna la quale avea avuto ventidue mariti, l'ultimo de'quali aveva avuto venti mogli. (...vidi *duo* inter se paria, vilissimorum e plebe hominum comparata, *unum* qui *viginti* sepelisset *uxores*, *alteram* quae *vicesimum secundum* habuisset *maritum* Epist. 123. ad *Ageruchiam*, n. 10.)

il *Diritto di famiglia* , ma anche quello dello Stato. Così s' intese il bisogno di raffrenarlo seguendo presso a poco gli stessi criterii che si erano adoperati per circoscrivere il *concubinato*.

E furono le stesse leggi che sotto un altro rapporto vennero a tutelare la dignità del matrimonio. Si richiese in primo luogo per la validità del divorzio una *manifestazione* di volontà fatta con animo *sereno* e *tranquillo* :

> *Divortium non est,* nisi *verum* quod animo *perpetuam* constituendi *dissentionem* fit. Itaque quidquid in *calore iracundiae* vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si *perseverantia* apparuit *judicium animi* fuisse : ideoque per *calorem* misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec *divortisse videtur.* (L. 3. D. lib. 24. tit. 2, de divort. et repud.)

In secondo luogo: sia che il *divorzio* avvenisse per *reciproco consenso* (*bona gratia*), sia ad istanza di uno degli sposi, la volontà doveva manifestarsi alla presenza di *sette testimonii,* e nel secondo caso la volontà di *divorziare* di uno di loro doveva essere partecipata all' altro per mezzo di un suo *liberto*:

> *Nullum divortium ratum est* nisi *septem civibus romanis* puberibus adhibitis , praeter *libertum ejus* qui divortium faciet. *Libertum* accipiemus etiam eum qui a patre, avo, proavo et caeteris sursum versum manomissus sit. (L. 9. D. ivi).

Secondo la *legge* la manifestazione era *libera* , ma l' *uso* la rese *solenne* per maggiore garentia contro la facilità di *divorziare*.

> In *repudiis* , id est renunciatione *comprobata* sunt haec verba: *tuas res tibi habeto*: item haec: *tuas res tibi agito* (L. 2. § 1. D. ivi).

In terzo luogo, doveva il *divorzio* avere un *motivo*

ragionevole. Non è già che, non essendovene alcuno, il *divorzio* fosse *nullo*, come ne' casi precedenti ; ma però l' autore di un *divorzio* non *giustificato* andava incontro a talune *pene* delle quali si trovano gli esempi nelle fonti (1).

Non tutte le persone però avevano *diritto* al *divorzio* , anche quando esistesse una buona ragione : tali erano le *liberte* che avevano per *marito* l'antico loro *padrone* (2). Ma chi aveva acquistato *diritto* a poterlo dimandare, non aveva l'*obbligo* di farlo, tranne in un caso solo, cioè quando il marito, avendo colta la moglie in *adulterio*, avesse ucciso il *complice.* Se non ripudiava la moglie era tenuto dell' *omicidio* (3).

Con questi ed altri provvedimenti non si otteneva che poco o niun vantaggio , fino a quando si permetteva il *divorzio* per *qualunque cagione* , ed il valutarle era rimesso all' *arbitrio* del magistrato. Tutte le altre precauzioni non avevano una grande importanza per frenare l'abuso del *divorzio*, poichè non riusciva difficile di far nascere un' occasione , o di trovare magistrati che vi attribuissero un valore che forse realmente non aveva. A questo difetto che si trovava nel sistema delle leggi di Augusto , supplirono gl' *Imperatori cristiani.*

Le riforme cominciarono da Costantino (331), il quale non ammise che *tre* sole cagioni per parte della *moglie*, ed altrettante per parte del *marito:*

Placet, *mulieri* non licere propter suas pravas cupiditates *marito* repudium mittere, exquisita causa, veluti *ebrioso*, aut *aleatori*, aut *mulierculario.* Nec vero

(1) Ved. *Ulp.* Reg. lib. 6. § 9 e 13.

(2) Ved. L. 11. D. lib. 24. tit. 2. (de div. et repud.)

(3) Ved. le LL. 2. § 2. e 24. (D. lib. 48. tit. 5. ad leg. Jul. de adult.)

maritis per quascumque *occasiones uxores* suas dimittere. Sed in repudio mittendo a *foemina* haec sola crimina inquiri: si *homicidam*, vel *medicamentarium*, vel *sepulchrorum dissolutorem maritum* suum esse probaverit , ut ita demum omnem suam dotem recipiat: nam si *praeter haec tria* crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad *acuculam* (1) capitis in domo mariti deponere , et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In *masculis* etiam si repudium mittant, haec *tria* crimina inquiri conveniet: si *moecham*, vel *medicamentariam* , vel *conciliatricem* repudiare voluerit: nam si ab iis criminibus liberam ejecerit, omnem dotem restituere debet, et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur *ejus domum invadere* et omnem dotem posterioris uxoris ad semetipsam transferre pro *injuria* sibi inlata. (L. 1. Cod. Thod. lib. 3. tit. 16. de repud.) (2).

Le leggi di Costantino furono seguite da quelle di Onorio (421) (3) e di Teodosio (449) (4). In queste leggi vennero accresciute le cause del divorzio stabilite da Costantino, secondo i tempi. In quelle di Teodosio meritano di essere notate le parole colle quali l' Imperatore riconosce che attesa l' indole del matrimonio, il *divorzio* era una necessità, ma che bisognava renderlo difficile il più che si potesse nell'interesse de' figli (favore *liberorum*):

> Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso *repudio* dissolvi, praecipimus: *solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum* (L. 8. pr. Cod. lib. 5. tit. 17, de repud.)

(1) *Aciculam* (Gotofredo).
(2) Ved. il com. di Gotofredo.
(3) L. 2. ivi.
(4) L. 8 e seguenti. Cod. lib. 5. tit. 27. (de repud.)

Alle cause stabilite dalle leggi di ONORIO e di TEODOSIO, GIUSTINIANO ne aggiunse delle altre (1), e specialmente l'impotenza (*imbecillitas*).

In causis jamdudum *specialiter* definitis, ex quibus *recte* mittuntur *repudia*, illam addimus ut, si maritus uxori *ab initio* matrimonii usque ad *duos annos* continuos computandos *coire minime propter naturalem imbecillitatem valeat*, possit mulier, vel ejus parentes, sine periculo dotis amittendae, *repudium marito mittere*: ita tamen ut ante nuptias donatio eidem marito servetur (L. 10. Cod. ivi).

Ma dopo la compilazione del Codice, GIUSTINIANO si accorse che si era di troppo allargata la sfera delle cause de' *ripudii* e de' *divorzii*, e volle perciò temperarla. A questo proposito nella N. 117, destinata a regolare parecchie cose attinenti ai rapporti di *famiglia*, stabilì il numero delle cause per le quali soltanto sarebbe stato per l'avvenire permesso il repudio. Egli dunque comincia dal confessare il difetto a questo riguardo della legislazione, ed il bisogno di doverla modificare:

Quia plurimas in *veteribus* et *nostris legibus* invenimus *causas*, ex quibus *facile* nuptiarum *solutiones* fiunt: ea causa perspeximus ex his *abscindere* aliquas quae nobis *indignae* ad solvendas nuptias visae sunt: et eas *solummodo nominatim* praesenti inserere legi, pro quibus *rationabiliter* potest, sive *vir* sive *mulier* repudium mittere. (Pr. cap. 8).

Indi venne a dichiarare quali erano queste cause *ragionevoli* (*rationabiliter*) per le quali si poteva chiedere il divorzio. Permise al *marito* di ripudiare la *moglie* in *sei* casi, cioè: per la *scienza* di un *reato* di

(1) L. 11. Cod. lib. 5. tit. 17. (de repud. etc.)

maestà non rivelato : per *adulterio* : per insidie tese alla *vita* del *marito*, o per *mancata rivelazione* delle *insidie* da altri tese allo stesso: per intervento in un *banchetto* o in un *bagno* con estranea persona: per *abbandono* del *domicilio* del marito contro la sua volontà : per l' *intervento* ne' pubblici *spettacoli* contro il volere del marito :

Si contra imperium cogitantibus aliquibus *conscia* est mulier , aut etiam viro suo non *indicet*.... Si de *adulterio* maritus putaverit posse suam uxorem *convinci*.... Si *quolibet mulier modo vitae viri* fuerit *insidiata*; aut aliis hoc facientibus consentiens viro non indicaverit. Si cum *viris extraneis nolente* marito *convivatur*, aut cum eis *lavatur*. Si *nolente viro foris domum* manserit, nisi forsan apud proprios parentes. Si circensibus aut theatris aut amphitheatris interfuit ad spectandum, ignorante aut prohibente viro. (Cap. 8, § 1 a 6).

Permise alla *moglie* di ripudiare il *marito* in cinque casi : per *conoscenza* di *reato* di *maestà* non rivelato all' *imperatore:* per *insidie* alla vita della moglie per parte del marito , o per parte di altri conosciute dal marito e non *rivelate* alla moglie: per *insidie* alla *castità* della moglie: per *calunniosa accusa* di *adulterio* della moglie: per *convivenza* con altra donna nella *casa conjugale*, o nella *medesima città*, non ostante le ammonizioni de' parenti o di altri persone *dabbene :*

Si contra *imperium* aut ipse cogitaverit aliquid, aut cogitantibus *conscius* non *indicaverit imperio*.... Si *quolibet modo vir* insidiatus fuerit *vitae mulieris* , aut aliis hoc volentibus *sciens non manifestaverit* uxori et *studuerit* secundum leges *ulcisci*. Si maritus *uxoris castitati insidiatus*, aliis etiam eam *adulterandam tentaverit tradere*. Si vir de *adulterio* inscripserit uxorem , et *adulterium non probaverit*.... Si quis in *ea domo* in

qua cum sua conjuge *commanet, contemnens eam,* cum *alia inveniatur* in ea domo *manens,* aut in *eadem civitate degens*, in *alia domo* cum alia muliere *frequenter manere convincitur,* et semel et secundo culpatus, aut per suos, aut per mulieris *parentes,* aut per alias aliquas *fide dignas* personas hujusmodi *luxuria non abstinuerit.* (Cap. 9. § 1 a 5).

Ma non perseverò lungo tempo in questo spirito di moderazione, poichè dopo poco tempo ne ammise due altre communi al *marito* ed alla *moglie:* permise lo scioglimento del matrimonio: a) volendo *votarsi* a Dio (1); b) per incompatibilità di carattere di tale natura da non permettere di vivere lungamente insieme senza venire o presto o tardi ad atti di *violenza* (*si aliquae atroces inconciliabilesque inimicitiae incidant*). In quest'ultimo caso, poichè succedeva di accordo, il *divorzio* fu chiamato di *buona grazia* (*talem matrimonii dissolutionem* BONA GRATIA *fieri patria lingua* dicerent) (2).

CAPITOLO III.

DELLE PERSONE GIURIDICHE

§ 1.

Generalità

Il concetto di *persona giuridica* è senza dubbio antichissimo (3). Il linguaggio però è del tutto moderno. Presso gl' interpetri antichi, gli *enti* che ora si sogliono chiamare *persone giuridiche*, si trovano appellati

(1) Nov. 123. cap. 40.
(2) Nov. 140.
(3) Di SAVIGNY, § 87. UGO, Storia del Dir. § 66.

personae morales (1) ; tutte le altre locuzioni che si usano ai nostri giorni (2) erano ignote come l'antecedente , non solo ai giureconsulti romani, ma anche ai suddetti interpetri. Non saprebbesi tuttavia determinare quando e da chi fossero state introdotte. Non è già che i giureconsulti romani non avessero a questo riguardo il loro particolare linguaggio ; ma mentre i singuli *enti giuridici* da essi riconosciuti, vennero distinti coi loro *particolari nomi*, non s'incontra alcuna locuzione per esprimere l' *ente* in se stesso , facendo astrazione dalle *forme speciali* che assumeva nella vita reale. Alcuni han creduto che ad esprimere l'*ente giuridico astratto* fosse destinata la parola *Universitas* (3); ma oltre i varii significati che avea questa voce , la quale si applicava egualmente alle *persone giuridiche* ed a certe relazioni non aventi nulla di comune con esse, anche ristretta a tali persone non ha sempre il medesimo valore (4). Questo difetto di locuzioni per esprimere la persona *giuridica astratta* non esiste al contrario quanto alla persona *fisica astratta* , la quale viene appellata *persona singularis* o *singulus*, in antitesi delle persone *giuridiche concrete*, come risulta specialmente dal seguente frammento di Ulpiano relativo all'Editto del Pretore, diretto ad annullare le obbligazioni contratte per *timore* :

Animadvertendum, quod Praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur, nec adjicit a quo gestum: et ideo sive *singularis* sit *persona* quae metum intulit , vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic

(1) Ved. Boemero, Jus publ. cap. 2.
(2) Ved. pag. 41.
(3) Ved. Puchta, § 190.
(4) Ved. i testi segueuti, e di Savigny, § 88 n. (x).

edicto locus erit (L. 9. § 1. D. lib. 4. tit. 2. quod met. caus. gest.) (1).

Codesta imperfezione circa le *persone giuridiche* non concerne soltanto il *linguaggio* , ma si estende anche a'*principii* regolatori della materia. Se non che neppure quanto a codesti *principii* mancano nelle fonti frammenti che vi abbiano relazione, ma sono ben lontani dal contenere tutto quello di cui si avrebbe bisogno per formarsene un concetto *organico* o *sistematico* (2). Di qui sono derivate parecchie quistioni, le quali non si fanno punto rispetto alle *persone fisiche*. Noi non possiamo riferirle tutte, e molto meno discuterle , anchè perchè ci sembra che talune sieno state trattate sotto il rapporto *puramente razionale* (3). Ma non possiamo neanche tralasciare le più necessarie.

Le più importanti di queste quistioni sono due, cioè: se le *persone giuridiche* siano possibili in astratto, e se in concreto erano riconosciute dal Diritto romano: ed ammessa l' una e l' altra cosa , in che consista la *natura* e l'*essenza* delle *persone giuridiche*. Intorno alla prima quistione non vi sono che pochi scrittori moderni che pongano in dubbio la possibilità delle persone giuridiche in *idea* ed in *fatto* (4). Quanto all'altra, alcuni han detto che per *persone giuridiche* si debbano intendere solo quei *soggetti* di *Diritto*, i quali siano *ca-*

(1) Ved. i PRIMI, lib. 1. cap. 3. § 5. in f. e le L. 6. D. lib. 1. tit. 8. (de divis. rer.)

(2) Le parti principali delle fonti si trovano nei seg. luoghi del D. lib. 3, tit. 4 (quod cujusque univ. nom. vel contra agetur), lib. 47. tit. 22. de Colleg. illic. 50. tit. 1. (ad munic.) 50. tit. 7. (de jur. immun.)

(3) Tali quistioni si trovano accennate nelle note all'ARNDTS § 41.— Dal GOUDSMIT § 31.

(4) Ved. la nota all' ARNDTS.

paci di POSSEDERE (1), o come dicono altri, siano capaci di *diritti patrimoniali* (2). Altri, essere *tutto ciò che indipendentemente dall'individuo sia riconosciuto dallo* STATO *come capace di diritti* (3).

Ora codeste differenti maniere di concepire la *persona giuridica* contribuisce a dare ad esse anche una differente *estensione*. Così coloro che seguono la prima definizione, restringono le *persone giuridiche* soltanto alle *associazioni* ed alle *fondazioni* (4). Coloro al contrario che seguono la seconda, estendono il concetto della *persona giuridica* anche ad un solo *uomo rivestito di certe funzioni, ed a tutte le cose capaci di essere sottoposte a diritti reali* (5).

Ma queste opinioni sono egualmente da rigettare, almeno sotto il rapporto *positivo*, perchè ripugnano egualmente colle fonti. Ed in prima, non è vero in fatto nè che i giureconsulti romani non ammettessero le *persone giuridiche*, nè che restringessero tutti gli *enti giuridici*, che oggi si appellano *persone giuridiche*, alle *associazioni* ed alle *fondazioni*, nè che le estendessero all'infinito; imperocchè in prima, l'assimilazione di certi *enti ideali*, o la *personificazione* di essi, è una conseguenza delle locuzioni di cui si servono per costruire quegli enti (6). In secondo luogo, s'incontrano testi i quali non restringono codesti concetti alle *associazioni* ed alle *fondazioni*, ma l'estendono non

(1) Ved. Di SAVIGNY, § 85.
(2) Ved. GOUDSMIT, l. c. § 31.
(3) Ved. la n. (g) al § 103. del DI SAVIGNY.
(4) Ved. il § seg.
(5) Ved. ciò che s'intende per *diritti reali*, nella Dottrina della *proprietà*; ed il l. c. del di SAVIGNY.
(6) Ved. il significato di questa locuzione alla pag. 41.

solo ad una persona investita di qualche *funzione*, ma altresì a certe *universalità di beni* (*rerum universitates*) che formano il *patrimonio* di persone *viventi* o *trapassate*.

Magistratus **municipales, cum unum magistratum administrent, etiam *unius hominis vicem sustinent* (L. 25. D. lib. 50, tit. 1 ad municipal.)**

. . . *Hereditas personae vice fungitur*, sicut *municipium* et *decuria et societas* (L. 22. D. lib. 46. tit. 1. de fidejuss.)

***Hereditas personae vicem sustinet*, non heredis futuri, sed defuncti (Instit. lib. 2. tit. 14, § 2).**

In terzo luogo, in niuna occasione figurano come *persone giuridiche* le *cose* soggette a *diritti reali* o i *diritti reali* stessi.

Vero è che talvolta, parlando specialmente delle *servitù reali*, si usano certe locuzioni proprie dell'uomo: p. e. *praedium dominans*: *praedium serviens*. *Fundo servitus adquiritur: pecori debetur appulsus* ec. (1); ma codesti modi sono delle metafore, che s'incontrano in tutte le lingue (2).

L'errore di questi sistemi sembra derivare da una medesima causa: dall'avere cioè attribuito alle *persone giuridiche* una missione *accessoria* ed *accidentale*, sostituendola alla *principale* ed *assoluta*.

Qual è la missione delle *persone giuridiche*, per la quale si trovano nelle legislazioni di tutti i tempi e di tutti i luoghi? Certamente non è il bisogno di avere in esse un *surrogato* delle persone *fisiche* per *possedere* i *beni* o altri *diritti patrimoniali* sotto qualunque forma, perchè nell'ordine *economico* un tal si-

(1) Ved. la Dottrina de' diritti *reali*.

(2) Ved. la nota 2 al § 92 del Goudsmit, e gli autori da lui citati.

stema è stato sempre ritenuto poco conciliabile coi fini della proprietà (1). A noi sembra che la missione delle persone giuridiche derivi dal bisogno che abbiamo di estendere l'*umana personalità*. Imperocchè essendo l'*individualità* limitata nello spazio e nel tempo (2), non è sufficiente per se stessa a provvedere a tutti i bisogni della vita. Ora creando alcuni *enti giuridici*, ed investendoli di que' poteri che mancano all' *uomo individuo*, si ottiene quel che non sarebbe possibile di conseguire co' *poteri particolari* de' singoli (3). Le *persone giuridiche* perciò possono assumere tante forme differenti quanti sono i casi in cui la personalità umana abbia bisogno di *completarsi*, *accrescendo* ed *estendendo* i suoi *poteri naturali*. Questa missione delle persone giuridiche da una parte ne giustifica l' esistenza nello spazio e nel tempo, salva la differenza che s' incontra nelle forme e nelle funzioni; dall' altra ne determina i confini possibili. Così: non potendo ciascuno *individualmente* preso tutelarsi dalle possibili offese che potrebbe patire dalla parte degli altri uomini, nè provvedere a tutti i bisogni della vita, nacquero naturalmente que'tali *centri* che gli antichi chiamavano *nazioni* e *repubbliche* (*nationes et respublicae*) (4), e che costituiscono le prime e più importanti persone giuridiche che si conoscono nel mondo; e nel seno di ciascuno di questi centri, tante *istituzioni*, che secondo gli scopi differenti, presero anche differenti nomi. Così pure, essendo limitata la *vita* dell' uomo nel *tempo* e l' *azione* nello *spazio*, nacque il bisogno di alcune

(1) Ved. il § 4.
(2) Ved. i Primi, lib. 1. cap. 3. § 3.
(3) Ved. Puchta, § 190.
(4) Ved. i Primi, lib. 1. cap. 3.

istituzioni che, rannodando la vita de'trapassati a quella dei superstiti, ne perpetuasse l'esistenza, per impedire che colla morte si venissero a risolvere taluni rapporti giuridici, con gravi inconvenienti sociali; ed altre istituzioni, le quali hanno per oggetto di considerare l' *individuo* come *presente* in più luoghi *contemporaneamente*, sia per lo stesso, sia per differenti scopi. Così finalmente avviene, che per certi fini particolari che non si potrebbero conseguire mediante i singoli beni che appartengono allo stesso o a differenti individui, si riuniscono insieme, ed attribuendo all' *universalità* di essi i medesimi poteri che sono proprii dell' *uomo*, se ne forma un *ente giuridico* che si pone come gli altri in luogo dello stesso. In generale in tutti questi casi, che noi abbiamo immaginati, e che si trovano confermati dalla realtà delle leggi, tanto antiche quanto nuove, fra i *poteri* e le *funzioni* degli *enti giuridici* s' incontrano quasi sempre dei *diritti patrimoniali*; ma essi costituiscono non il *fondamento* di quelle *entità*, ma i *mezzi* per conseguire questi *scopi*. Inoltre non mancano de' casi ne' quali siano esistite delle *persone giuridiche* senza possedere nè *beni* nè *diritti patrimoniali*, perchè mantenute a spese dello Stato o de' privati; ed altre alle quali venne interdetto per regola dell' *istituzione* di avere *beni* e *dritti* di tale natura (1).

Ammettendo dunque che le *persone giuridiche* non abbiano altra ragione di esistere se non perchè sono destinate a completare l'*umana personalità*, ciò ne pruova la *necessità*, e perciò anche la *possibilità*; e circoscrivendone i termini, poichè il bisogno di questo completamento ha i suoi confini, si evitano i difetti e gli eccessi de' sistemi contrarii.

(1) Tali erano talune corporazioni religiose oggi abolite.

Ma son questi i *principii* dai quali venne il Diritto romano guidato nell' ammettere le *persone giuridiche*? Senza dubbio non abbiamo documenti per giustificare il nostro sistema, come non ve ne sono neanche per giustificare quelli che abbiamo rigettati. Tuttavia dove si voglia argomentare da que' frammenti che trattano di persone giuridiche in ispecie, è certo che s'incontrano *casi*, come abbiam veduto (1), i quali confortano il nostro concetto, e distruggono i concetti sui quali si fondano le ipotesi contrarie; talchè i loro autori sono costretti a dare a quei testi un altro significato (2).

Del rimanente, qualunque sia il fondamento che si voglia attribuire alle persone giuridiche, ed in conseguenza qualunque sia la loro estensione, non pare che si possa negare che siano sempre da considerare come altrettante *finzioni* di *diritto* (*fictiones juris*) (3). Perciò non sembra fondato l'avviso di taluni moderni scrittori i quali sostengono il contrario (4).

§ 2.

Classificazione delle persone giuridiche.

Seguendo il criterio stabilito nel § precedente intorno al fondamento delle *persone giuridiche*, si può ridurle a quattro categorie: alle *associazioni* o *corporazioni*, alle *fondazioni*, alle *funzioni*, ed all'*universalità* de' *beni* e de' *diritti* di una persona *trapassata* o *vivente* (5).

(1) Ved. pag. 281.
(2) Ved. quel che diremo alla fine del seg. § circa l' *hereditas*.
(3) Ved. PUCHTA, l. c.
(4) Ved. le note all' ARNDTS, l. c.
(5) Ved. MUHLENBRUCH, § 196.

Tutti gli *enti giuridici* compresi in queste quattro categorie non s' incontrano certamente nello stesso tempo in tutti i periodi della storia del Diritto: essi si andarono stabilendo a misura che se ne sentì il bisogno, e che la mentalità de'Romani si venne elevando alle astrazioni, senza di che non sarebbe stato possibile di concepire *personalità* puramente *intellettuali* (1).

a) *Associazioni*—La più importante delle associazioni è senza dubbio lo STATO. Essa è anche la più antica, poichè rimonta a' primi tempi di Roma, e si formò mediante l'aggregazione delle *famiglie* e delle *gentes* (2). Ma ebbe lo STATO fin dalle prime un' *entità giuridica?* Nè le antiche fonti del Diritto, nè quelle della letteratura, fanno menzione dello STATO come *entità astratta* o *persona* puramente *civile*. Di qui è derivato che alcuni scrittori moderni si son creduti autorizzati a metterne in dubbio la personalità. Alcuni lo considerarono come una semplice *coordinazione* di *famiglie* e di *gentes* confederate nello scopo della reciproca difesa, senza confondersi o assimilarsi in una *personalità comune*, ma restando separate e distinte, per riunirsi soltanto in caso di bisogno (3).

Altri ammisero un' *associazione*, ma senza *personalità* (4).

Tanto l'uno quanto l'altro sistema finora non trovarono seguaci. Ma se anche fosse vero che lo STATO non costituisse una *persona giuridica* ne' primissimi tempi, non si può mettere in dubbio che dovette ben presto divenir tale, come dimostrano le voci *patria* e

(1) Ved. JHERING, vol. 3. pag. 340.
(2) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 5. § 2.
(3) Ved. un luogo del JHERING nella Storia, ivi.
(4) Di SAVIGNY § 87.

respublica di antichissima data, le quali non furono usate se non per esprimere l'unità giuridica de'primitivi abitatori di Roma (1); alle quali voci in seguito si unirono le altre *Aerarium* e *Fiscus* per indicare questa *entità* sotto il rapporto particolare de'beni patrimoniali dello Stato, restando le altre due per esprimerla sotto il rapporto puramente *politico*. Se non che la prima di queste due ultime voci, par che risalga al tempo della Repubblica, e la seconda al tempo dell' Impero (2).

Non ostante il silenzio delle leggi delle XII tavole, gl' interpetri ritengono che, fin dal primo periodo, oltre dello Stato, vi fossero anche altre *associazioni*, aventi un *entità giuridica* (3); le quali poi si andarono tanto moltiplicando, che forse in tutta la Storia del mondo antico e del nuovo nòn se ne videro mai tante, e di cosi diverse forme (4). Esse presero parecchi nomi, ed i più comuni sono i seguenti: *universitates* (5), *collegia* (6), *corpora* (7), *societates* (8), *civitates* (9), *municipium* (10), *colo-*

(1) Ved. i luoghi di Vico, riportati nella Storia, ivi.

(2) Ved. di Savigny, § 88 in f.

(3) Ved. Ugo, storia del Diritto § 66.

(4) Uno scrittore l' appellò manìa per la *personificazione*.

(5) L. 4. 7. D. lib. 53. tit. 4. (quod cujus. univ.) 3. Cod. lib. 11. tit. 29 (de jur. reip.)

(6) D. lib. 47. tit. 22. (de Colleg. et Corp. ill.)

(7) Ivi.

(8) L. 1. pr. e § 1. D. lib. 3. tit. 4 (quod cuj. univ.) 59. pr. D lib. 17. tit. 2 (pro socio).

(9) L. 3 e 8 D. lib. 3. tit. 4 (quod cuj. univ.) 4. Cod. lib. 11. tit. 29 (de jur. reipub.)

(10) Ved. la Storia lib. 1. cap. 9. § 9. L. 2. 9. D. lib. 3. tit. 4. (quod cuj. univ.)

niae (1), *commune* o (*koinon*) (2), *curiae* e *decuriae* (3), *vici* (4), *fora*, *conciliabula*, *castella* (5), *provinciae* (6).

Codeste *associazioni* erano di natura *politica* o *amministrativa* come si dice oggi; ma ve ne furono anche di tre altre specie: *religiose*, le quali in generale si appellavano *collegia*, come alcune delle politiche (7): *burocratiche*, per servirci anche di una voce moderna, le quali erano composte dagli *scribae*, *librarii*, *fiscales*, *censuales*, *decurionati* o *decuriales* (8). Altre finalmente del tutto *private*, le quali sono più specialmente conosciute sotto il nome di *societates* (9). Esse secondo lo scopo prendevano anche diverse forme e diversi nomi.

b) *Fondazioni*---Questa voce della quale si servono i moderni per esprimere le *persone giuridiche* comprese nella seconda categoria, non ha riscontro nel linguaggio usato nelle fonti, ma esprime esattamente il concetto che trovasi esposto con altre voci (10). Altri le hanno appellate *Piae causae* sul fondamento di una costituzione di GIUSTINIANO (11). Ma bene si venne osservando che con queste voci si volle esprimere non il *soggetto*, ma lo scopo di certi atti di

(1) Ved. la Storia, ivi, § 7.

(2) L. 27. D. lib. 5. tit. 1. (de jud.) L. 5. D. lib. 48 tit. 1. (ad L. Jul. de v.) Ved. BRISSONIO v. *koinon* e *commune*.

(3) L. 7. § 2. D. lib. 3. tit. 4. (quod cujusque univ.) L. 25 § 1. D. lib. 29. tit. 2. (de adq. vel amitt. her.)

(4) L. 73. § 1. lib. 30. tit. 1. (de leg.)

(5) Ved. la Storia, ivi.

(6) L. 12. Cod. Th. lib. 12. tit. 12. (de leg. et dec.)

(7) Ved. le LL. antecedenti.

(8) Ved. di SAVIGNY, § 88.

(9) Ved. il testo a pag. 296.

(10) DI SAVIGNY, § 88.

(11) Ved. L. 19. Cod. lib. 1. tit. 2. (de SS. Ecl.)

liberalità (1). Altri le hanno appellate *Pia corpora* (2). Ma anche questa espressione, la quale è del tutto nuova, non pare che risponda più delle precedenti al concetto ch' è destinata a rappresentare (3), perchè per *corpus* le fonti intendono sempre la pluralità di più persone o di più cose (4), oltre i significati particolari, come quando si parla di proprietà, in occasione della quale per *corpus* s' intende la *nuda proprietà* (5).

Le *fondazioni* sembrano avere un' origine antichissima, quantunque di un uso non molto frequente, e sembra che abbiano avuto cominciamento dalle disposizioni che solevano farsi in favore degli Dei (6); quantunque, come vedremo in altra parte della nostra opera, non tutti gli dei potevano egualmente essere soggetti di tali disposizioni. In appresso si ebbero delle *fondazioni* dirette a conseguire altri scopi più o meno *umanitarii*; ma si deve al cristianesimo quella moltiplicità di *fondazioni pie* che si trovano poi ammesse anche dal Diritto moderno. Tali sono gli ospedali (*nosocomia*), gli ospizii de'vecchi (*gerontocomia*), dei trovatelli (*brephotrophia*), degli orfani (*orphanotrophia*), de' poveri (*ptochotrophia*, *ptochia*), dei viandanti (*xenodochia*, *xenones*), le chiese, i conventi ecc.

Ut inter divinum publicumque jus et privata commoda competens discretio sit, sancimus si quis aliquam reliquerit hereditatem, vel legatum, vel fidei commissum, vel donationis titulo aliquid dederit, vel vendi-

(1) Ved. Di Savigny, ivi.

(2) Ved. Muhlenbruch, § 201

(3) Ved. di Savigny, § 88 in fine.

(4) Ved. Brissonio, v. *corpus*.

(5) Ved. la L. 13. § 1. D. lib. 39. tit. 2. (de dam. infec.) Gaio Comm. 2. § 30.

(6) Ved. la L. 10. § 1. D. lib. 33. tit. 1. (de ann. leg.) ed Ulp. reg. tit. 22. § 6.

derit, sive sacrosanctis *Eclesiis*, sive venerabilibus xenonibus, vel *ptochotrophiis*, vel *monasteriis* masculorum, vel virginum, vel *orphanotrophiis*, vel *brephotrophiis*, vel *gerontocomiis*, nec non juri *civitatum*, vel donatorum, vel venditorum, vel relictorum, eis sit longevae exactio, nulla temporum solita praescriptione coartanda (L. 23. Cod. lib. 1. tit. 2. de SS. Ecl.)

c) *Funzioni pubbliche o private* — Le funzioni pubbliche sono espressamente riconosciute come *persone giuridiche*, e questo risulta dal testo che abbiamo riportato nel § antecedente (1). Nè sembra che solo la magistratura di cui fa menzione quel testo debba qualificarsi di *persona giuridica*; ma debba aversi per tale qualunque altra *funzione* che derivi dallo Stato, sia che vada sotto il nome di *honor*, sia sotto quello di *munus*; laonde anche la *tutela* e la *curatela* si debbono annoverare fra le *persone giuridiche*, perchè come vedremo erano *munera publica* (2). La stessa parola *officium*, la quale era propria de'magistrati, si trova applicata alla tutela ed alla curatela.

. . . Invenimus generaliter definitum, post *officium* depositum, omnes actiones quas tutor vel curator ex necessitate *officii* subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri. (L. 26. Cod. lib. 5. tit. 37. de admin. tut. vel curat.)

Quanto alle *funzioni private*, come sono quelle dei *procuratores*, dei *mandatarii* ecc. sebbene nelle fonti non si trovino mai qualificate di *persone giuridiche*, pure per la similitudine che hanno coi *funzionarii pubblici*, per una giusta analogia, sembrano dover partecipare alla medesima qualità: essi rappresentano egualmente i poteri altrui, e la sola differenza sta in que-

(1) Ved. pag. 281. e Muhlenbruch, § 199.

(1) Ved. il cap. seg.

sto, che i *magistrati* rappresentano i poteri dello STATO, cioè di un' altra persona giuridica, ed i *procuratores* e *mandatarii* rappresentano i poteri di una o più persone fisiche.

Al linguaggio giuridico rispetto alle funzioni private si può supplire col linguaggio grammaticale di cui si trovano gli esempi specialmente in CICERONE. Egli usa in più occasioni la parola *persona* per indicare una qualità puramente privata:

Duabus quasi nos a natura indutos esse *personis* (1).

Quid fieri turpius, aut dici potest, quam eum qui hanc *personam* susceperit, ut amicorum controversias, causasque teneatur ec.? (2).

Tres *personas* unus sustineo summa animi aequitate (3).

d) *Universalità di beni*—L'universalità dei beni può riguardare l' uomo *vivente* e l' uomo *trapassato*. Nel primo caso si ha il *patrimonium* ed il *peculium*: nel secondo l'*hereditas*. In generale gl' interpetri attribuiscono all'*ereditas* la qualità di *persona giuridica*, spiegando in questo senso i testi che abbiamo riportati nel § primo (4), nel quale gli autori si servono delle stesse voci che s'incontrano in altri testi che tutti riconoscono essere destinati a distinguere le persone *giuridiche* dalle *fisiche* (5). Ma vi sono parecchi altri di autorevole fama che portano un avviso contrario. Uno dei più ostili a questo concetto è il DI SAVIGNY, il quale sostiene che con la morte di una persona, i

(1) De off. lib. 1. § 30.

(2) De Orat. lib. 1. § 37.

(3) Ivi, lib 2. § 24.

(4) Ved. pag. 281.

(5) Ved. MUHLENBRUCH, § 196. MAKELDEY, § 156. GOUDSMIT, § 31. MAREZOLL, § 70. VANWETTER, § 54. BURCHARDI, § 25. MAYNZ, § 106. SERAFINI, § 56-57.

beni passano all'erede immediatamente, senza lasciare alcuno intervallo in cui l'eredità avesse bisogno di assumere la figura di una *persona giuridica*; ed essere in questo senso che le fonti dicono i diritti dell'erede cominciare dal tempo della morte, ed in qualunque tempo si accetti l'eredità, doversi l'acquisto calcolare sempre dal giorno della morte (1). E sebbene talvolta sembri che l' eredità sia giacente, pure questo stato derivare non dalla mancanza di un erede, poichè ve n'è sempre alcuno, ma dall'ignoranza del vero erede (2). Salvo a discutere in altro luogo l' opinione di questo chiarissimo giureconsulto sotto quest'ultimo rapporto, seguiamo intanto l'opinione comune, poichè non è soltanto dell'*eredità giacente* che le fonti usano lo stesso linguaggio di cui si servono per rappresentare la figura della *persona giuridica*, ma dell' *eredità* in generale, come risulta non solo dai suddetti frammenti, ma anche da altri:

. . . *Hereditatem* in quibusdam *vice personae* fungi receptum est (L. 15 pr. D. lib. 41. tit. 3. de usurp.)

. . . Creditum est *hereditatem dominam* esse et defuncti locum obtinere (L. 31. § 1. D. lib. 28 tit. 5. de Instit.)

Certamente tutte queste *persone giuridiche* non sono della stessa specie, nè hanno la medesima importanza; ma tutte egualmente possono figurare per diverse ragioni nelle relazioni giuridiche di puro *Diritto privato;* e se alcune di esse non sono capaci, o non hanno bisogno di avere un patrimonio proprio, hanno sempre relazione col patrimonio di altre *persone*, sia *fisi-*

(1) Ved. L. 138 e 193 D. lib. 50 tit. 17. e L. 54. D. lib. 29. tit. 2. (de adq. vel amitt. her.)

(2) Di Savigny, § 102.

che sia *giuridiche*, posseditrici di beni patrimoniali, ed in ogni caso sono capaci di *diritti* e di *obbligazioni*.

Intorno ad esse si deve anche distinguere, come si è fatto per le *persone fisiche*, un'*esistenza* di *fatto*, ed un altra di *diritto*. Se non che soltanto per quelle che sono comprese nelle due prime categorie, cioè le *associazioni* e le *fondazioni*, vi sono regole certe ed uniformi, non ostante le differenze circa la loro *figura*. Le altre due categorie al contrario van soggette a tali anomalie sotto l' uno e l' altro rispetto, che non si può comprenderle se non in occasione degl' istituti giuridici da' quali dipendono.

§ 3.

Esistenza di fatto *delle* associazioni *e* fondazioni.

Le *associazioni* e le *fondazioni* suppongono egualmente le *persone fisiche*; ma le prime le suppongono *immediatamente*, e le *fondazioni mediatamente*.

Le *associazioni*, come la parola stessa dice, non possono cominciare ad esistere, nè possono continuare la loro esistenza, se non mediante un determinato numero di *persone fisiche*. Perciò l' esistenza di fatto delle *associazioni* consiste in un numero di individui, il quale varia secondo il *principio*, la *continuazione*, o la *fine* di esse.

Per *cominciare* ad *esistere* le *associazioni private* occorre almeno il numero di *due individui* (1); ma per le *pubbliche* se ne richiedono almeno *tre*, giusta l'avviso del giureconsulto Nerazio, riferito da Celso.

Neratius Priscus tres facere existimat Collegium,

(1) Ciò deriva dalla definizione del *contratto* (*duorum vel plurium in idem placitum consensus*) col quale tali associazione si costituiscono.

et hoc magis sequendum est (L. 85 lib. 50 tit. 16 de signif.)

Potevano poi *continuare* ad *esistere* quantunque si riducessero ad un *solo* individuo:

> **Si *universitas* ad *unum redit*, magis admittitur posse eam convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen Universitatis (L. 7, D. lib. 3 tit. 4 quod cuius univer.)**

In oltre non era necessario che l' associazione si componesse sempre delle stesse persone, potendo alle prime succedere altre in tutto o in parte.

> **In Decurionibus vel aliis Universitatibus nihil refert utrum *omnes idem* maneant, an *pars* maneat, vel *omnes immutati* sint (ivi).**

Anzi vi erano de' casi ne' quali le associazioni potevano esistere non ostante il totale difetto degli individui. Codesti casi si verificavano quando i membri di un' associazione erano considerati non *uti singuli, sed uti universi*. Così non cessava di esistere una *Universitas*, o un *Collegium*, quantunque per una causa qualunque fossero venuti a mancare gli individui che li costituivano (1). E sebbene le fonti tacciano intorno a questi casi, il principio si deve aver per certo poichè nasce dalla natura stessa delle cose (2).

Ma in che consisteva l'*esistenza* di *fatto* delle *fondazioni*? Anche intorno a questo assunto le fonti non ci porgono regole così precise come per le *associazioni*. Tuttavia argomentando dall' indole di queste, sembra che i Romani la facessero consistere in due condizioni: 1°) Nello *scopo* certo e determinato della *fondazione*. 2°) Nella certezza e determinazione dei *mezzi* pel con-

(1) Ved. Di Savigny, § 89 in fine.

(2) Ved. Aristotile, *Politica*, lib. 3 cap. 1. n. 13. e 14.

seguimento dello scopo (1). Entrambe queste condizioni erano però di un carattere *incerto* e *variabile*, attesa la *mutabilità* delle forme che s' incontrava in questa specie di *persone giuridiche*.

§ 4.

Esistenza di Diritto

Alcune *associazioni*, come quelle dello Stato e dei Comuni, esistono di *diritto* per loro stesse, poichè la loro origine è contemporanea all' umanità, la quale non potendosi governare e reggere con una sola ed unica costituzione, si scioglie naturalmente in alcuni aggregamenti particolari che prendono la forma di altrettante *associazioni*, le quali sembrano indipendenti le une dalle altre, ma in realtà sono parti di quel tutto che si appella *humana societas*. Così gli Stati hanno un' esistenza autonoma (2). E quel che accade nel seno dell' umanità, suole accadere anche nel seno di ciascuno Stato, quando ha acquistata tale estensione che non può esser retto per tutte le cose da un solo ed unico centro.

Allora si scioglie anche esso in alcuni aggregamenti particolari, e così nascono i Comuni, i quali si trovano rispetto allo Stato presso a poco nella istessa relazione in cui questi sono coll' *humana societas* (3). I Comuni dunque in tesi generale hanno un' origine

(1) Ved. Puchta, § 190. Se fosse permesso di argomentare dal Diritto moderno e dalle regole che introdussero i canonisti in materia di fondazioni religiose, troveremmo nelle une e nelle altre una conferma dell' opinione manifestata nel testo.

(2) Ved. di Savigny, § 86.

(3) Ved. i Primi, l. c.

autonoma uguale a quella degli STATI. Tale fu l' origine delle *Universitates* presso i Romani, anche perchè, come abbiamo dimostrato altrove (1), quelle aggregazioni che presero il nome di *Universitates*, prima della conquista de' Romani erano quasi tutte altrettanti STATI. Se non che quando gli STATI usurparono il potere *centralizzatore*, come si vede specialmente negli *Stati* moderni, si attribuirono pure il *diritto* di non riconoscere altri Comuni se non quelli che traessero origine da loro.

Tutte le altre *associazioni* e *fondazioni* al contrario hanno un'origine *arbitraria* ed *accidentale*. Non ostante questa differenza tra esse e le due precedenti, si è preteso da taluni scrittori che qualunque figura fossero per assumere, si potessero costituire per la stessa virtù *autonoma* che hanno lo STATO ed i *Comuni* (2). Altri al contrario e con più ragione sostengono che lo *Stato avesse* il diritto di permetterle o proibirle secondo le circostanze per tre ragioni: a) perchè è interessato a conoscere e giudicare se lo scopo che si propongono sia o no conciliabile con quello dello Stato: b) perchè, potendo tali persone giuridiche acquistare un patrimonio, ed essendo per natura portate alla conservazione dei beni, deve potere impedire che escano in gran quantità dalla circolazione: c) perchè coll' atto col quale viene ad autorizzarne l' esistenza, viene anche a stabilire un mezzo sicuro e certo per potersi riconoscere, essendo prive di forma sensibile ed esterna (3).

Quest' ultimo sistema sembra che abbiano seguito i

(1) Ved. la STORIA lib. 1. cap. 1.
(2) Ved. GOUDSMIT, n. 1. al § 36.
(3) Ved. DI SAVIGNY, § 89.

Romani fin dai più vetusti tempi. Non è già che sia noto se prima di stabilirsi si avesse dovuto chiedere il permesso allo Stato; ma è certo che molte di tali persone giuridiche vennero soppresse, e gli autori di esse anche puniti (1). Nelle fonti si trovano parecchie pruove di particolari casi nei quali le associazioni e le fondazioni furono dichiarate illecite (2). Ma dopo un alternarsi di casi particolari, si venne finalmente a stabilire per regola che niuna associazione o fondazione si potesse costituire senza il permesso dello Stato.

« Neque *societas*, neque *Collegium*, neque huiusmodi *corpus* passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res *coercetur*. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi *corpora*: ut ecce, *vectigalium publicorum sociis* permissum est *corpus* habere, vel *aurifodinarum*, vel *argentifodinarum* et *salinarum*. Item *Collegia* Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est: veluti *pistorum*, et *quorundam aliorum*, et *naviculariorum*, qui et in Provinciis sunt. (L. 1 pr. D. lib. 3 tit. 4 quod cuiusq. univ. nom. etc.)

Or quando le *associazioni* e le *fondazioni* erano state legalmente costituite circa all' esistenza di *fatto* e di *diritto*, allora assumevano la figura di una *persona giuridica*, ed è in questo senso che si trovano chiamate *corpus*, ed erano assimilate allo Stato (*respublica*), ed avevano perciò un'amministrazione e de'rappresentanti simili a quelli dello Stato.

Quibus permissum est *corpus habere* collegii, societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum *Reipublicae*, habere *res communes*,

(1) Ved. Einn. de Colleg. et corp. (op. omnia, vol. 2.)
(2) Ivi.

arcam communem, et *actorem* sive *syndicum*, per quem tamquam in Republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat. (§ 1 ivi).

Vero è che le fonti suppongono le sole *associazioni* (1); ma generalmente si conviene che le *fondazioni* andassero regolate dai medesimi principii (2).

§ 5.

Diritti a' quali erano ammesse le persone giuridiche.

Noi abbiamo veduto che tutti i diritti competenti alle *persone fisiche*, erano o *politici* o *civili*, e che i primi si comprendevano nel *jus suffragii* e nel *jus honorum*, e i secondi nel *jus connubii* e nel *jus commercii* (3).

Ora quali di questi diritti vennero attribuiti dai Romani alle *associazioni* e alle *fondazioni*? Secondo il *Diritto* pubblico *moderno*, alcune *associazioni* o *fondazioni* sono ammesse al *jus suffragii* (4). Questa concessione è la conseguenza del sistema moderno di potere essere rappresentato nelle Assemblee *politiche* ed *amministrative*, a differenza de' Romani, i quali non riconoscevano che il solo *voto diretto* (5). Il jus *honorum* poi è di tale natura che nè allora nè oggi sarebbe compatibile colle *persone giuridiche*. Lo stesso dicasi del

(1) Ved. il testo precedente.

(2) Ved. gli autori citati.

(3) Ved. pag. 116.

(4) Ved. BLUNTSCHLI, Dir. pubbl. univ. lib. 4. cap. 3. e seg.

(5) Vero è che negli ultimi tempi della Repubblica si era compreso l'utilità del sistema rappresentativo, massime negli stati soverchiamente estesi, com'era il Romano di quei tempi; ma non si era appena cominciato ad eseguire, che venne il rovescio di questa e di altre istituzioni per effetto delle guerre civili. (Ved. la Storia, 2.° periodo).

jus connubii, il quale suppone necessariamente la *personalità fisica*. Perciò è facile comprendere come alle *persone giuridiche* non si potè concedere che il solo *jus commercii*. Anzi questo medesimo diritto non competeva loro neanche in tutta la sua estensione, essendovi alcune parti di esso che suppongono pure una personalità fisica, come era la *testamenti factio* attiva.

Quali che siano i diritti competenti alle persone giuridiche, vedremo in altri luoghi il modo di esercitarli, e le forme colle quali questo esercizio si soleva praticare.

§ 6.

Estinzione dell'esistenza di fatto *e di* diritto *delle* persone giuridiche.

Intorno a questa parte delle *persone giuridiche* non abbiamo pure se non casi particolari di estinzione, fondati sopra cause di diversa natura e relative alle singole specie delle *persone giuridiche*. Così si sa che per l'antico Diritto, che sembra essere stato in vigore anche al tempo della Giureprudenza classica, le città incorrevano in una specie di massima diminuzione di capo (*maxima capitis minutio*), qualora si rendevano colpevoli di qualche fatto di grave importanza; in questo caso la città si abbatteva, si passava l'aratro sul suolo, e si spargeva su di esso del sale come simbolo della distruzione. Di questo modo di estinguere le città ci ha conservato memoria il Giureconsulto Modestino in un frammento relativo all'estinzione dell'usufrutto:

Si ususfructus civitati legetur, et *aratrum* in eam in-

ducatur, civitas esse *desinit*; ut passa est Carthago: ideoque *quasi morte* desinit habere usumfructum (L. 21. D. lib. 7. tit. 4. quibus mod. ususf. amit.)

Così pure a' tempi della Repubblica troviamo l'abolizione di alcune associazioni divenute pericolose per lo *Stato*, mediante *senatoconsulti* (1); ed è degno di ricordare l'abolizione dell' associazione de' Baccanali, di cui abbiamo fatto menzione nella Storia delle sorgenti (2).

Ma nella scuola si ammettono anche altri casi di estinzione tanto delle *associazioni* quanto delle *fondazioni*. Così rispetto alle prime si ritiene che tanto le *pubbliche* quanto le *private* possano cessare di esistere per una determinazione presa dai membri di essa. Se non che quando l'*associazione* fosse pubblica non essere permesso di farlo se non nel caso che il titolo della costituzione lo permettesse, altrimenti essere necessaria l' autorizzazione dello Stato. Non sarebbe lo stesso per le *associazioni private*, le quali vanno soggette al principio generale che le convenzioni si possono sciogliere col consenso delle stesse persone che le hanno contratte, e colla medesima forma (3).

Anche la morte de' membri dell' *associazione* viene considerata come causa della loro cessazione. Senza dubbio le *associazioni private* finiscono colla morte de' socii, anche quando coll'atto di costituzione si sia convenuto che debbano continuare cogli eredi de'socii. Ma quanto alle *associazioni pubbliche* le opinioni non sono uniformi. Alcuni credono che in tutti i casi le

(1) Ved. Rosini, Antiq. rom. lib. 4. cap. 17.

(2) Ved. lib. 1. cap. 4. § 7.

(3) Ved. le LL. 35 e 100. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvi quo colligatum est.

associazioni dovessero cessare di esistere, in conseguenza della morte o della mancanza in qualunque altra maniera avvenuta de'membri di essa (1). Altri al contrario distinguono, come abbiamo sopra osservato, le *associazioni* dove i membri sono considerati *uti singuli*, e quelle dove sono considerati *uti universi*. Nel primo caso si ammette la cessazione; ma nel secondo si ritiene l'esistenza di esse fino a quando sia sperabile che nuovi membri vengano a sostituire quelli che son mancati in qualunque modo (2).

Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat societati. Haec ita in *privatis* societatibus ait: in societate *vectigalium* nihilominus manet societas (L. 59. D. lib. 17. tit. 2. pro socio).

Un'altra differenza si ammette tra queste due specie di *associazioni*, nel caso che gli antichi membri si siano ridotti ad un solo. Le *privale* finiscono di esistere anche in questo caso, tranne alcune specie di società: le *pubbliche* al contrario continuano ad esistere come prima:

. . . Si *universitas* ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri; cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen *universitatis*. (L. 7. § 2. D. lib. 3. tit. 4.)

In caso di estinzione delle *associazioni* e delle *fondazioni*, gl'interpetri si occupano pure in questo luogo della sorte de' beni de' quali si possono trovare in possesso al tempo in cui cessano di esistere; ma a noi sembra che il luogo più proprio per trattarne si troverà in altre parti di questo lavoro, come abbiamo osservato anche per l' *esercizio* de' diritti.

(1) Ved. GUDSMIT, § 36.
(2) Ved. pag. 293.

CAPITOLO IV.

CAPACITA' DI *DIRITTO* E CAPACITA' DI AGIRE.

SEZIONE 1.

Generalità

Nei due capitoli precedenti abbiamo trattato della *capacità* in *generale*, o *assoluta*, come si dice nella Scuola (1), sotto il triplice rapporto della *libertà*, della *cittadinanza* e della *famiglia*, che costituiscono i tre grandi diritti nei quali si contiene la *sintesi* della *personalità umana* o dell' *esistenza* di *Diritto* della *persona fisica* (2), alla quale partecipa anche la *persona giuridica* (3). Ora questa *capacità* venne distinta in *capacità di Diritto* e *capacità di agire*, fondando questa distinzione sull'altra del *godimento* o *possesso*, e dell' *esercizio* dei diritti (4).

È facile di comprendere come questa doppia distinzione debba applicarsi a qualunque specie di *diritto*, tranne poche eccezioni che derivano dalla natura speciale di taluni diritti, rispetto ai quali le due capacità di *Diritto* e di *agire* si compenetrano in modo che non si possa distinguere l' una dall' altra (5). Ma in che consiste la differenza tra il *godimento* o *possesso* e l' *esercizio* dei *diritti*?

(1) Ved. Di SAVIGNY §§ 60. 461. e specialmente il luogo cit. qui appresso.

(2) Ved. pag. 77 e seg.

(3) Ved. pag. 294 e seg.

(4) Ved. pag. 80.

(5) Ved. il § 5 di questo cap.

Un chiarissimo scrittore la determina in questo modo. Ogni rapporto di Diritto, dice egli, ha per centro la persona che n'è *titolare*. Volendo dunque determinare lo *stato* della persona in sè stessa, bisogna distinguere due specie di condizioni: le condizioni sotto le quali una persona può *esser titolare* di un rapporto di Diritto (*capacità di Diritto*); e le condizioni sotto le quali può, in virtù della sua *libertà, divenire titolare* di un rapporto di *Diritto* (*capacità di agire*). Questa doppia *capacità* viene ordinariamente chiamata *stato assoluto della persona* (1).

Ora traducendo codesto concetto sotto una forma più semplice, sembra che la *capacità di Diritto* consista nell'*essere persona*, e la *capacità di agire* nell'*avere* inoltre i *mezzi* onde la *personalità* si possa esplicare nel *mondo giuridico*.

Per ottenere codesto esplicamento è necessario che l'*animus* ed il *corpus*, di cui l'uomo si compone (2), abbiano raggiunto tale *perfezionamento* da poterne far uso utilmente; il che non si ottiene se non quando siano pervenuti allo stato che l'*animus* possa *intendere* e *volere*, ed il *corpus operare e mandare ad esecuzione* le determinazioni dell'*animus*.

Ora poichè le tre facoltà di *conoscere*, di *volere* e di *operare* sono proprie delle *persone fisiche*, perciò la *capacità* di *agire* naturalmente non appartiene che ad esse solamente.

Vero è che le fonti attribuiscono ad alcune *persone giuridiche* (*municipes*) l'intelligenza (*scire*) de' suoi rappresentanti.

Municipes intelliguntur *scire*, quod *sciunt* hi quibus

(1) Di Savigny § 361.

(2) Ved. pag. 40.

summa Reipublicae commissa est. (L. 14 D. lib. 50. tit. 1. ad municip.)

Ma questa *finzione*, o *metafora*, conferma il principio da noi stabilito.

§ 1.

Della capacità di Diritto *e di* agire *nel rapporto col* tempo *e collo* spazio (1).

In qualunque maniera si consideri la *capacità* nel *Diritto razionale*, trova i suoi limiti nello stato di *fatto* dei due elementi dei quali l'uomo si compone. Ma poichè la *natura* non procede collo stesso ordine in tutti gli individui, nella *realtà* della vita s' incontrano tante differenze quanti sono i diversi processi di cui essa si suole servire. Or sarebbe impossibile di tener conto di tutte queste differenze nello stabilire le regole del *Diritto* alle quali la *capacità* dev' essere sottoposta. Si è perciò costretti a determinarne la forma e l' estensione mediante alcune norme generali fondate sul modo comune ed ordinario onde il maggior numero degli uomini consiegue il perfezionamento tanto dell'*animus* quanto del *corpus*. E poichè questa *unità di condizioni*, in cui si riducono le *disuguaglianze individuali*, non può essere se non l' opera del *Diritto po-*

(1) La materia di questo § è una di quelle parti del Diritto, che secondo i diversi metodi è trattata in diversi luoghi ed in diverse occasioni. Gli antichi la trattavano in occasione della *giurisdizione* (Ved. Donello, lib. 17. cap. 12. e Voet, lib. 5. tit. 1.) I moderni non sono uniformi: chi la pone tra le *cause per le quali le persone si distinguono* (Makeldey, § 137 e 150. Arndt § 35. e 40. Goudsmit, § 23 e 30); chi ne discorre in occasione dello *status civitatis* (Mühlenbruch, § 195); chi in occasione de' *limiti locali all' impero delle regole del Diritto* (Di Savigny § 344.) Noi abbiamo creduto che trovasse il suo posto naturale nella dottrina della *capacità*, per l'impero che hanno il *tempo* e lo *spazio* sopra di essa.

sitivo (1), e questo Diritto è sotto l'influenza del *tempo* e dello *spazio* (2), ne siegue che per determinare la *forma* e l' *estensione* della *capacità* sia necessario supporre l'uomo in un punto del *tempo* e dello *spazio.*

Sotto il rapporto del *tempo*, la capacità veniva regolata dalla legge che vigeva all'epoca della *nascita* o della *manumissione*, secondo che si trattava di persona *libera* o *schiava* (3). Se non che, essendo la *capacità* regolata dal *Diritto pubblico*, poteva bene andar soggetta a modificazione, sia sotto l'una sia sotto l'altra forma, secondo le regole generali esposte ne' PRIMI , salvo il rispetto per gli atti *eseguiti* e *compiuti* prima che a tale modificazione venisse sottoposta (4).

Quanto allo *spazio* poi , la *capacità* era soggetta all'impero della legge del *territorio*, al quale apparteneva la persona (5).

Un tempo questo principio ebbe una grande importanza pratica, attese le distinzioni che si facevano del territorio italiano, come abbiamo veduto altrove (6), le quali avevano dato luogo ad alcune distinzioni anche del *Diritto*, e quindi della *capacità* delle persone soggette alle varie specie dei *Diritti*. I *romani*, i *latini*, gl'*italiani*, i *provinciali*, erano altrettante classi di persone le quali si congiungevano alla distinzione del *jus romanum, latinum, italicum, provinciale* (7). Quando ven-

(1) Ved. i PRIMI, lib. 2. cap. 7. §§ 3 e 6, e Di SAVIGNY § 144.

(2) Ved. ivi.

(3) Pei *libertini*, cioè per coloro che erano usciti da una *giusta servitù*, vedete il cap. 2. § 1. della sez. II.

(4) Ved. lib. 2. cap. 7. § 4.

(5) Ved. Di SAVIGNY, § 346. n. 2. 444-349-350.

(6) Ved. la STORIA, lib. 1. cap. 9. §§ 5 e 9; i *Primi* l. c.; e la pag. 286 e seg. di questo volume.

(7) Ved. la STORIA, lib. 1. cap. 9. §§ 6 ad 8. e lib. 2. cap. 8, § 4. Di SAVIGNY, § 356.

nero a cessare codeste distinzioni, il *territorium* non perdè tutta la sua importanza sulla *capacità* delle *persone*, ma assunse tuttavia un'altra forma ed altre proporzioni. Salve alcune eccezioni le quali s'incontrano anche negli ultimi tempi (1), come tutto l'Impero divenne soggetto ad un medesimo Diritto, la *capacità* si trovò nell'interno dello STATO, da per tutto regolata nella medesima maniera. Tuttavia le persone restarono soggette ad un particolare *territorio* non solo per l'*esercizio*, ma anche pel *godimento* di taluni diritti (2). Questo *territorio* non era più come una volta determinato e circoscritto dalla distinzione che allora si faceva de' *popoli* di cui si componeva lo STATO, ma da quei *consorzii* più o meno estesi, che si trovavano tanto nell'*Italia* quanto nelle *Provincie*, sotto i nomi di *Respublicae*, *Civitates*, *Universitates* ecc. (3). Ora sia per le *cariche municipali*, sia per la *competenza* dei *magistrati*, e sia ancora per alcune *regole* stabilite dal *Diritto municipale scritto* o *consuetudinario*, le quali erano state conservate dal *Diritto comune* (4), le persone erano unite al *territorio* di quelle città, e spesso anche di due o più di esse, per l'*origine*, pel *domicilio* e per la *residenza* (*origo*, *domicilium*, *domus*).

(1) Ved. DI SAVIGNY. n. (a) e (c). al § 362 e la fine di esso.

(2) Ved. VOET, lib. 50 tit. 1. § 1. (ad municip.)—DI SAVIGNY § 349. in f. e 351. pr.

(3) Ved. pag. 286 e 287.

(4) Ved. i PRIMI lib. 2. cap. 1. e 7, la STORIA lib. 1. cap. 9. § 1. seg. e 2. cap. 8. § 3. VOET, lib. 50 tit. 1. § 1. (ad municip.)—DI SAVIGNY, Sist. § 137 e STORIA del DIR. nel medio evo, lib. 1. § 2.

§ 2.

Continuazione—ORIGO, DOMICILIUM, DOMUS (1).

1) ORIGO—Questa voce ha qui un significato diverso da quello nel quale si trova usata in occasione della *cittadinanza politica* (2).

Colà equivaleva a *nascita* (*nativitas*), e però costituiva uno de' modi onde la *cittadinanza* si acquistava; qui dinota la stessa *cittadinanza*, ed in conseguenza è sinonima di *civitas*. Una persona dunque si univa ad un territorio per *origo* , quando era membro di una città *(civis)*.

Ora si poteva divenir membro di una *Città* in quattro maniere, cioè: a) per la *nascita* (*nativitas*): b) per la *manomissione* (*manumissio*) : c) per la *concessione* (*allectio:* d) per l'*adozione* (*adoptio*) (3). Di questi quattro modi, i primi tre erano comuni alla *cittadinanza politica* (4); il quarto era speciale alla *cittadinanza municipale.*

La *nascita* attribuiva al *figlio legittimo* la *cittadinanza municipale* del *padre* , ed al *naturale* quella della *madre.*

> **Filius *civitatem* ex qua pater ejus *naturalem originem* ducit, non *domicilium* sequitur. (L. 6. § 1. D. lib. 50. tit. 1. ad municip.)**
>
> **Ejus qui *justum patrem* non habet , prima *origo* a**

(1) Ved. D. lib. 50. tit. 1 (ad. municip.) e tit. 4. (de mun. et hon.) Cod. lib. 10. tit. 38. (de municip. et orig.) e tit 39. (de incol. et ubi quis dom. hab. vid.)

(2) Ved. cap. 2. sezione 2. § 1.

(3) Ved. il testo a pag. 119. comune all'una ed all'altra cittadinanza, come vedemmo nello stesso luogo.

(4) Ved. ivi.

matre, **eoque die quo *ex ea editus est*, numerari debet (L. 9. ivi).**

La *manomissione* attribuiva quella del *padrone* :

> ***Libertini originem patronorum vel domicilium*** **sequuntur: item qui ex *his nascuntur* (L. 6, § 3 ivi.)**
>
> **Ejus qui manumisit *municeps est manumissus* ; non *domicilium* ejus, sed *patriam* secutus (L. 27. D. ivi (1).**

E se lo stesso schiavo fosse appartenuto a più *padroni* , aveva tante *cittadinanze* quanti erano i *padroni* :

> **Si quis a *pluribus* manumissus sit, omnium patronorum *originem* sequitur (L. 7. ivi).**

L' *allectio* attribuiva la *cittadinanza* che veniva indicata nell' atto di concessione , sia che essa fosse stata dimandata , sia accordata spontaneamente. Ma chi avea il potere di concederla? Sembra che questo potere competesse alle *autorità municipali*, quantunque le pruove manchino qui come mancano per la *cittadinanza politica* (2).

In caso di *adozione*, l'*adottato* seguiva la *cittadinanza* dell'*adottante*, senza però perdere quella che aveva al tempo dell' *adozione* :

> **Jus *originis* in honoribus obeundis ac muneribus suscipiendis , *adoptione* , non mutatur: sed novis quoque muneribus filius per *adoptivum patrem adstringitur* (L. 15. § 3. ivi).**

Se non che , in caso di *emancipazione* , veniva a cessare:

> **Sed si emancipatur ab *adoptivo patre* , non tantum**

(1) Questi due testi sembrano in contraddizione , ma non è così ; perchè il primo attribuendo al manomesso il domicilio, suppone che fosse ignota la *patria (origo)*.

(2) Ved. pag 125, e Di Savigny, § 351.

filius, sed etiam *civis ejus civitatis, cujus per adoptionem fuerat factus, esse desinit* (L. 16. ivi).

Fra queste quattro maniere onde si stabiliva la *cittadinanza municipale*, passava questa differenza: nei due primi casi s' incominciava a divenire *cittadino* di un luogo *nascendo* o essendo *manomesso;* al contrario, negli altri due casi si doveva esser tale necessariamente anche prima che avvenisse la *naturalizzazione* o l' *adozione*. Ora era principio generale che niuno potesse sciogliersi dalla *cittadinanza municipale* senza il permesso dell' autorità locale (1). E se alcuno avesse tentato di farlo indirettamente in qualunque siasi maniera, sia di buona, sia di mala fede, sarebbe rimasto sempre unito alla cittadinanza di *origine*; e se fosse riuscito ad essere ammesso in altra *città*, restava *cittadino* della prima , e diveniva *cittadino* della seconda:

> Adsumptio *originis* quae non est, veritatem naturae non peremit: *errore enim veritas originis non amittitur*; nec mendacio dicentis se esse, unde non sit, deponitur, neque recusando quis *patriam* ex qua *oriundus est* , neque mentiendo de ea quam non habet, veritatem mutare potest. (L. 6, pr. ivi.)
>
> Si quis cum ex majore vel ex minore *civitate originem* ducit, eamdem evitare studens, ad alienam se *civitatem incolatus* occasione contulerit ; et super hoc, vel preces dare tentaverit, vel qualibet fraude niti ut *originem* propriae *civitatis* eludat; *duarum civitatum* decurionatus onera sustineat, in una *voluntatis*, et in una *originis* gratia (L. 5, Cod. lib. 10, tit. 38, de municip.)

Di qui derivava la *possibilità* di avere contemporaneamente più di una *cittadinanza municipale* (2) , a

(1) Ved. il testo a pag. 130.

(2) Pare che alcuni non ammettano questa possibilità.

differenza di quel che accadeva della *cittadinanza politica* (1). Codesta pluralità si verificava sempre e necessariamente quando la *cittadinanza* era la conseguenza dell' *allectio* e dell' *adoptio*, come abbiam veduto, tranne se prima che codesti fatti accadessero non si fosse ottenuta l' esenzione dalla *cittadinanza* precedente; ma poteva accadere anche nel caso della *manumissio*, quando il servo era comune a più padroni e tutti concorressero a liberarlo dalla schiavitù (2), o quando lo stesso padrone avesse egli stesso *più cittadinanze*.

.... Si patronem habeat (servus) *duarum civitatium municipem*, per manumissionem earumdem civitatium erit *municeps* (L. 27 D. lib. 50. tit. 1. ad municip.).

Quando Roma era la capitale dello *Stato*, si considerava rispetto a tutti come un' altra *Origo*:

Roma *communis* nostra *patria* est (L. 13. D. ivi).

Di qui la distinzione dell'*origo*, in *origo loci* ed *origo juris* (3).

Ma che avvenne quando la sede dell' impero fu trasferita a *Costantinopoli?* In generale *Costantinopoli* prese il luogo di Roma:

Urbs Costantinapoletana non solum juris italici, sed etiam ipsius Romae veteris praerogativa laetetur (L. un. Cod. lib. II. tit. 20 de priv. urb. Costant.)

Or credono alcuni che divenisse tale anche quanto all' *Origo* (4).

(1) Ved. cap. 2, § 2 in fine, e la STORIA del DIRITTO, lib. 1, cap. 9, § 9.

(2) Ved. il testo a pag. 307. e di SAVIGNY, § 531.

(3) MÜHLENBRUCH, § 195.

(4) GUDELINI, de jure nov. lib. 4. cap. 2. § 17. il quale fonda questa opinione sulla NOV. 123. cap. 24.

§ 3.

Continuazione — Domicilium

2) Il *domicilium* non importava necessariamente la *cittadinanza* nel territorio dove esso si aveva, potendo stare che alcuno appartenesse per la *cittadinanza* ad un luogo e pel *domicilium* ad un altro. Le fonti in fatti suppongono questa antitesi (1). Ma nel dubbio e fino a pruova contraria, nel *territorio* dove alcuno aveva la *cittadinanza* si reputava di avere anche il *domicilium* (2).

Per regola il *domicilium* era l' effetto di un fatto arbitrario e libero della persona, la quale avendo la *cittadinanza* in un luogo, sceglieva per necessità o piacere il *domicilio*, sia nel luogo stesso, sia in un altro luogo; o avendo un *domicilio* in un luogo, voleva per qualunque ragione trasferirlo in un altro. Codesto fatto aveva bisogno del concorso dell' *animus* e del *corpus*, perchè doveva essere l' effetto della determinazione dell' *intelligenza* e della *volontà*, e doveva essere accompagnato dalla *dimora* della persona nel luogo prescelto per domicilio; le quali due condizioni dovevano inoltre concorrere insieme, non bastando l' una senza l' altra e l' altra senza l' una.

Domicilium *re* et *facto* transfertur, non nuda *contestatione* (L. 20 D. lib. 50, tit. 1 ad municip.)

Sola *domus* possessio, quae in *aliena civitate* comparatur, *domicilium non facit* (L. 17, § 13 ivi).

Perciò al domicilio si possono applicare le regole del *possesso* (3).

L' *intenzione* poteva essere *espressa*, *tacita*, o *pre-*

(1) Ved. i testi a pag. 306 e 307.
(2) Ved. Voet, lib. 5. tit. 1. § 92.
(3) Ved. pag. 43.

sunta. La *presunzione* poteva risultare da un concorso di circostanze, le quali importassero necessariamente la volontà di avere per *domicilio* il luogo col quale esse avessero relazione. Così, se un individuo avesse nello stesso luogo la famiglia (*larem*) ed il patrimonio (*fortunarum summam*): se da questo luogo non fosse solito di allontanarsi se non per provvedere ad interessi che tenesse altrove: se facesse ivi ritorno, cessato che fosse il bisogno di essere lontano: tutto ciò bastava a ritenere che quel luogo fosse anche il suo *domicilio*:

> ..... In eodem loco singulos habere *domicilium* non *ambigitur*, ubi quis *larem*, rerumque ac *fortunarum suarum summam* constituit: unde (rursus) non sit *discessurus* si nihil avocet: unde, cum profectus est, peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari jam destitit. (L. 7. Cod. lib. 10. tit. 39, de incol.)

Così pure colui che solesse nello stesso luogo sempre esercitare i suoi diritti, vendendo, comprando, contraendo, servendosi del foro, de' bagni, degli spettacoli di quel luogo, celebrandovi le feste ed altre cose simili, quantunque solesse poi altrove recarsi a coltivare i fondi, si presumeva di essere *domiciliato* nel primo e non già nel secondo luogo:

> Si quis *negotia sua* non in *colonia* sed in *municipio semper agit*: in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balineo, spectaculis, utitur: *ibi* festos dies celebrat: omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum, fruitur: *ibi* magis habere *domicilium*, quam ubi *colendi* causa *diversatur* (L. 27. § 1. D. lib. 50. tit. 1. ad municip.)

Al contrario, coloro i quali avessero accettato l'esercizio di una funzione in un *municipio* diverso dal proprio, non si reputavano ivi *domiciliati*, se non quando

prima o dopo averla accettata vi si fossero *trasferiti* con questa *intenzione*:

Non tibi obest, si cum *incola* esses, aliquod munus suscepisti: modo si antequam ad alios honores vocareris *domicilium* transtulisti (L. 1. Cod. lib. 10. tit. 39. de incol. etc.).

Egualmente coloro che risedevano in un luogo per causa di studio, ed i genitori loro che ivi fossero costretti a stare o ad andare di frequente per regolarne l'educazione, non si presumevano di volervi anche *domiciliare*, se non dopo il trascorrimento di *dieci anni* di *continua dimora*, salva la pruova contraria:

Nec qui *studiorum causa* aliquo loco *morantur*, *domicilium ibi* habere creduntur, nisi *decem annis* transactis eo loco sedes sibi constituerint, secundum epistolam divi HADRIANI: nec *pater* qui propter filium studentem frequentius ad eum commeat (L. 2. ivi).

Ma si poteva avere più di un domicilio, come si poteva avere più di una cittadinanza? Per lungo tempo i giureconsulti non furono di accordo nell'ammettere la *pluralità dei domicilii;* ma si finì col ritenere che questo caso, quantunque non fosse *facile* a verificarsi, non fosse neanche *impossibile* ad accadere, potendo darsi che un individuo dividesse in modo le sue relazioni in due o più luoghi diversi, da non potere attribuirglisi il domicilio più in un luogo che in un altro:

LABEO judicat, eum qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum *incolam* esse aut domicilium habere: quod verius est (L. 5. D. lib. 50 tit. 1. ad municip.)

Viris prudentibus placuit *duobus locis* posse aliquem habere *domicilium*, si *utrobique* ita se instruxit, ut non

ideo minus apud alteros se collocasse videatur (L. 6. § 2. ivi.)

Celsus lib. 1, Digestorum tractat: si quis instructus sit *duobus locis aequaliter*, neque hic, quam illic, minus frequenter *commoretur*, ubi *domicilium* habeat, existimatione animi esse accipiendum : ego dubito, si *utrubique* destinato sit *animo* , an possit quis duobus locis domicilium habere : *et verum est habere* , *licet difficile* est (L. 27. § 2. ivi).

Per la medesima analogia tra l'*origo* ed il *domicilium* fu pur dubitato, se non potendo alcuno, che facesse parte dello Stato, esser privo di *cittadinanza municipale*, dovesse ugualmente avere di *necessità* un *domicilio*. Ma anche intorno a questo dubbio le opinion si vennero alla fine accordando; se non che si ammise che, a differenza della *cittadinanza*, potesse alcuno trovarsi per qualche tempo, e per istraordinarie circostanze , senza *domicilio* , come accade a colui che abbia deposto l' animo di domiciliare in un luogo , e lo abbia anche abbandonato, ma non ancora sia pervenuto all'altro dove abbia l'intenzione di stabilire il nuovo domicilio:

....*Difficile* est..... *sine domicilio* esse quemquam: puto autem et hoc *procedere posse* , si quis *domicilio relicto* naviget vel iter faciat, quaerens quo se conferat atque ubi constituat: nam hunc puto *sine domicilio esse* (Ivi).

Quantunque , come si è detto, il domicilio dipendesse dall' *arbitrio* del cittadino , pure per talune circostanze di un' ordine superiore venne attribuito ad alcune persone un domicilio non solo senza , ma forse anche contro la loro volontà. Così i *filiifamilias* avevano il domicilio del *paterfamilias*:

Placet etiam *filiusfamilias domicilium* habere posse (L. 3. ivi).

Non utique ibi ubi pater habuit, sed *ubicumque* ipse *domicilium* constituit (L. 4. ivi).

Le *donne maritate*, quello del *marito* (1).

Il *relegato* l' aveva nel luogo della relegazione, ma poteva conservare l' antico :

Relegatus* in eo loco in quem relegatus est, interim *necessarium domicilium* habet (L. 22. § 3. ivi).

***Domicilium* autem habere potest et *relegatus* eo loci unde arcetur, ut Marcellus scribit (L. 27. §. 3. ivi).**

Il *soldato*, nel luogo dove fosse costretto a stanziare, purchè non possedesse beni nel territorio al quale apparteneva per origine:

***Miles* ibi *domicilium* habere videtur, ubi *meret*, si nihil in *patria* possidet (L. 23. §. 1. ivi).**

Di qui è derivato nella scuola la distinzione del *domicilio* in *volontario* e *legale* (2).

In questi casi di *domicilii legali*, finchè duravano le circostanze per le quali si veniva attribuendo un *domicilio* senza ed anche contro la volontà delle persone che ne erano il soggetto, non era permesso di rinunziarvi per non averne alcuno o per eleggerne un' altro; ed è in questo senso che si chiama anche *necessario* nella Scuola (3). Ma nelle fonti s' incontrano anche dei casi nei quali il *domicilio* viene designato dalla legge, colla facoltà tuttavia di sostituirlo con altro, o di abbandonarlo senza sceglierne alcuno. Così i *figli naturali* avevano il domicilio della loro *madre*, ed i *libertini* quello dei loro *patroni*, fino a quando non avessero mostrata una volontà contraria (4). Fuori

(1) Ved. il testo a pag. 181 e 252.

(2) Ved. ILLINGERO, n. a Donello lib. 27, cap. 12 n. 8. VOET. lib. 50. tit. 1. § 93. MUHLENBRUCK § 195. DI SAVIGNY, § 351. GOUDSMIT § 30.

(3) Ved. i detti autori.

(4) Ved. i testi a pag. 306, 307.

di questi casi, niuno poteva essere obbligato ad avere un *domicilio* che non fosse *liberamente voluto ;* sino al punto che ponendosi come condizione di un atto di liberalità, sia tra vivi sia a causa di morte, il dover domiciliare in un determinato luogo, la condizione si aveva per non iscritta (1).

Il *domicilio* differiva dall' *origo* anche sotto un altro rapporto. Si è veduto come l' *origo* non si potesse abdicare senza il permesso dell' autorità municipale del luogo di cui si era cittadino (2).

Ma al contrario volendo rinunziare al domicilio, sia per non averne alcuno, sia per trasportarlo in altro luogo, si poteva farlo da se, adempiendo però alle stesse condizioni le quali erano necessarie per istabilirlo, vale a dire *animo et corpore*. Se non che, sembra che il concorso di queste due circostanze fosse necessario soltanto per rendere certa la pruova della rinunzia del domicilio attuale, quando la manifestazione della volontà non fosse espressa. Ma dove non fosse dubbia l' *intenzione*, la *dimora* nello stesso luogo dove si aveva il domicilio dopo la manifestazione espressa della volontà di rinunziarvi, non sarebbe stata di ostacolo all' efficacia di questa rinunzia (3).

§ 4.

Continuazione — Domus

3) Dalle cose dette nei due §§ precedenti, e dalle fonti riportate in compruova di esse, è facile il vedere in

(1) L. 31. ivi e 71. §. 2. lib. 35. tit. 1. (de cond.)

(2) Ved. pag. 308. Ved. Voet, lib. 50, tit. 1. § 2. dove nota tutte le differenze tra l' *origo* ed il *domicilium*.

(3) Argomentazione dalle LL. citate a pag. 310.

che consistesse la *domus*, ed in che differisse dall' *origo* e dal *domicilium*. Appellavasi con la voce *domus* l'*abitazione* (*habitatio*) che si aveva in un luogo, facendo astrazione dalla *cittadinanza* o dal *domicilio*, e si poteva avere, o nello stesso luogo, o in un luogo diverso da quello dove si aveva la *cittadinanza* o il *domicilio*. Essa inoltre consisteva in un rapporto puramente *fisico* o di *fatto*, mentre l' *origo* ed il *domicilium* consistevano in un rapporto di diritto tra la persona ed il luogo. Non è già che la *domus* fosse un atto nel quale prendesse parte soltanto il *corpus*, senza il concorso dell'*animus*. Un concetto di questa natura sarebbe falso, perchè qualunque *fatto umano* suppone il concorso dell'*intelligenza* e della *volontà*. La differenza adunque tra la *domus*, l' *origo* ed il *domicilium* quanto all' *animus* consiste nello scopo che si propone la persona che ne è il soggetto. Nell' *origo* e nel *domicilium* la persona si unisce ad un dato luogo o come *cittadino* o come *domiciliato* nello stesso. Ma nel caso della *domus* la persona si limita a *dimorare* in un *territorio* considerandolo soltanto come un punto dello spazio del quale abbia temporaneamente bisogno. La parola *domus* perciò, in antitesi di *origo* e di *domicilium*, equivale ad *habitatio*; nel quale significato si vede usata sempre che si prende in considerazione il solo *luogo* dove alcuno si trova a *dimorare*, facendo astrazione da qualunque rapporto giuridico tra la *persona* ed il *luogo* stesso. Così *Ulpiano* parlando della pena a cui andavano soggetti coloro che avevano casa di giuoco, qualora avessero in qualunque maniera offeso i giocatori, dice che per *domus* s' intende non solo il *domicilium*, ma anche l' *habitatio*.

Domum pro *habitatione* et *domicilio* nos accipere

debere certum est. (L. 1. § 2. D. lib. 11. tit. 5. de aleat.)

Così pure, parlando delle ingiurie che si commettono entrando nella casa altrui contro o senza la volontà di chi l' abita, dice che per *domus* si deve intendere, non solo la casa *propria*, ma anche quella che si tiene a pigione.

Lex Cornelia de injuriis competit ei qui injuriarum agere volet ob eam rem, quod se *pulsatum verberatumve*, domumvè *suam vi introitum* esse dicat ..... *domum* accipere debemus, non *proprietatem domus*, sed *domicilium*; quare sive in *propria* domu quis habitaverit, sive in conducto vel gratis sive hospitio receptus, haec lex locum habebit. (L. 5 pr. §. 2, D. lib. 47. tit. 10. de iniur. et fam.).

Così finalmente, parlando PAPINIANO della pena minacciata a coloro che prestavano la casa per la prostituzione delle donne maritate, dice che per *domus* s' intende l' *habitatio*.

Appellatione *domus habitationem* quoque significari palam est (L. 8. D. lib. 48. tit. 5, ad leg. Iul. de adult.)

Non è già che l' uso della voce *domus* nel significato di *habitatio* fosse costante nelle fonti, perchè in alcuni testi si trova usata anche in altri significati (1), non escluso quello di *domicilium* (2). Il giureconsulto ALFENO di fatti parlando dell'esenzione dal *vectigal*, alla quale avevano diritto i padroni che conducevano seco loro de' servi per uso della loro *domus* (*servos quos domo quis ducet suo usu*), dice che la parola *domus*

(1) Ved. BRISSONIO, v. *domus*.
(2) Ved. i testi precedenti.

nella legge *Censoria* che stabiliva codesta esenzione dinotava il *domicilium*.

... Quaeri soleret, utrum ubi quisque *habitaret*, sive in Provincia, sive in Italia, an dumtaxat in sua cujusque *patria*, *domus* esse recte dicetur? Sed de ea re constitutum esse, eam *domum* unicuique nostrum deberi existimari, ubi quisque *sedes* et *tabulas* haberet suarumque rerum constitutionem fecisset. (L. 203. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)

Ma senza negare che qui, come altrove, i giureconsulti non serbassero sempre la debita precisione del linguaggio, è certo che in generale la voce *domus* dinotava *habitatio* per regola, e per eccezione avea altri significati.

§ 5.

Nomenclatura per distinguere le persone ed i rapporti con cui si univano ad un determinato luogo, ed effetti che derivavano da questi rapporti.

Nelle fonti che abbiamo riportate ed in altre, s'incontrano di frequente le voci *municipes* (1), *cives* (2), *incolae* (3), *jus originis* (4), *jus incolatus* (5), *patria* (6), *domus* (7). Ora qual era il significato di queste voci?

a) Coloro che erano uniti ad una città per *origo* si appellavano *municipes*; ed *incolae* coloro che vi erano uniti per domicilio.

Et proprie quidem municipes *appellantur* muneris

(1) Ved. pag. 302, 307, 309.
(2) Ved. pag. 308 320.
(3) Ved. pag. 311, 312, 320.
(4) Ved. pag. 307.
(5) L. 5. Cod. lib. 10. tit. 39. (de incol. ec.) riportata alla pag. seg.
(6) Ved. pag. 308, 309.
(7) Ved. pag. 310, 317 e seg.

participes, *recepti in civitate* ut munera nobiscum facerent: sed nunc abusive *municipes* dicemus, suae cujusque civitatis *cives:* ut puta *Campanos, Puteolanos* (L. 1. §. 1. D. lib. 50. tit. 1. ad municip.)

Incolas, sicut et Divus HADRIANUS edicto suo manifestissime declaravit, *domicilium* facit. (L. 7. Cod. lib. 10. tit. 39, de incol.)

b) Il rapporto fra la *persona* ed il *territorio* a cui si trovava unito per *origine*, si chiamava *jus originis*; quello al contrario pel quale vi si trovava unito per *domicilio*, si chiamava *jus incolatus.*

Ius originis in honoribus obeundis ac muneribus suscipiendis adoptione non mutatur. (L. 15. § 3. D. lib. 50. tit. 1. ad municip.)

Si in patria uxoris tuae vel qualibet alia *domicilium* defixisti, *incolatus jure* ultro te ejusdem civitatis muneribus obligasti (L. 5. Cod. lib. 10. tit. 39. de incol.)

c) *Patria* dicevasi la città alla quale alcuno si trovava unito per *origine*; *domus* al contrario quella in cui aveva il *domicilio* (1).

Ora facendo astrazione dal Diritto pubblico, il quale regolava la capacità *politica* secondo il territorio, e però obbligava tanto i *cittadini* (*municipes*), quanto i *domiciliati* (*incolae*) ad esercitare certe pubbliche cariche ed a pagare certi tributi (*honores, munera personalia, realia*) (2): per *Diritto privato*, l'*origo*, il *domicilium*, e la *domus*, creavano certi rapporti giuridici che influivano tanto sulla *capacità di Diritto*, quanto sulla *capacità di agire*, sì *civile* che di *famiglia*, delle persone (3).

(1) Ved. il testo a pag. 308, 309.
(2) Ved. i testi a pag. 307-308, 320.
(3) Ved. MÜHLENBRUCH, § 72, 73—di SAVIGNY, § 355 e seg.

Così niuno poteva essere chiamato in giudizio in un luogo diverso da quello della sua *origine* o del suo *domicilio*, o come si dice oggi, esser privato del suo *giudice naturale*.

Et in *privatorum causis* hujusmodi *forma* servatur: *ne quemquam litigatorum sententia non a suo judice dicta constringat* (L. 4. Cod. lib. 7. tit. 48. Si a non comp. jud. esse dicat.)

Incola et his magistratibus parere debet apud quos *incola* est, et illis apud quos *civis* est: nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet (L. 29. D. lib. 50. tit. 1. ad municip.)

Iuris ordinem converti postulas, ut non *actor rei forum, sed reus actoris sequatur*: nam ubi *domicilium* reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet (L. 2. Cod. lib. 3. tit. 13. de jurisdic. omn. jud. et de foro compet.)

Si faceva tuttavia eccezione a codesto principio in alcuni casi. Così: a) Quando si trattava di reddizione di conti per tutela o altra amministrazione, si poteva esser chiamato nel luogo dove la si era esercitata.

Eum qui aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocumque alio titulo administravit: ubi haec gessit rationem oportet reddere (L. 1. Cod. lib. 13. tit. 21. ubi de rat. tam publ. quam priv. agi oport.)

b) Quando si chiedeva il possesso dei beni ereditarii, si doveva ricorrere al magistrato del luogo dove i beni si trovavano; ma per le questioni ereditarie era competente quello del *domicilio* o dell' *origine*.

Illic ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet qui convenitur, vel si ibi ubi res hereditariae sitae sunt, degit: hereditatis

erit controversia terminanda (L. unic. Cod. lib. 3. tit. 20, ubi de ered. agat.).

Così egualmente, coloro che avevano in Provincia l'*origo* o il *domicilium* erano privati di parecchi vantaggi che si attribuivano a coloro che l'avevano nell'Italia, tranne se avessero goduto il *jus italicum* (1).

E tanto in Provincia quanto in Italia, essendo tuttavia riconosciuto l'impero dell'antico Diritto *locale*, sia *scritto* sia *consuetudinario*, come eccezione al *Diritto comune*, gli atti che si stipulavano, andavano soggetti, sia per la *sostanza*, sia per la *forma*, all'impero di questo Diritto eccezionale (2).

Per quanto concerne l'*abitazione* (*domus*), uno de'suoi più grandi vantaggi era l'*inviolabilità*, la quale oltrepassava anche i termini del Diritto moderno; poichè si tutelava la sicurezza e la quiete della *casa* non solo dalle *vie di fatto* (3), ma anche da taluni *atti giuridici*. Così non si permetteva di *citare* alcuno a comparire in giudizio fin che fosse in casa (*vocari de domo sua*):

> Plerique putaverunt, nullum de *domo sua in jus vocari* licere: quia *domus* tutissimum cujusque refugium atque receptaculum sit: eumque, qui inde in jus vocaret *vim inferre videri* (L. 18. D. lib. 2. tit. 4. de in jus vocando).

§ 6.

Continuazione — Assenza.

Il maggior valore che avea lo *spazio* rispetto alla persona, riguardava l'*assenza*.

(1) Ved. SPANHEMIO, Orbis Romanus, cap. 19—DI SAVIGNY, Stor. del Dir. nel med. Vol. 1. n° 18, ed i casi particolari di cui parleremo in appresso.

(2) SPANHEMIO, ivi, cap. 9 e seg. e 18—DI SAVIGNY, ivi—SERRIGNY, vol. 1. § 257. 270. n. 7. 271. vol. 2. § 232. n. 2. ROTH, de re municip. lib. 2. §. 7.

(3) Ved. il testo a pag. 317.

Le voci *assenza, assente* (*absentia, absens*) aveano nelle fonti parecchi significati secondo i rapporti nei quali si trovava la persona. Così chi fosse stato chiamato in giudizio, e non compariva, si diceva *assente* dal giudizio (oggi *contumace*).

Abesse videtur et qui *in jure non est* (L. 4 § 5. D. lib. 39 tit. 2, de damn. infect.)

Ed in fatto di *usucapione*, dicevasi *assente* chi non si trovava nella stessa *Provincia*.

.... In longi temporis *praescriptione*.... sancimus debere.... utriusque personae tam petentis quam possidentis spectari *domicilium*.... in uno loco, id est in una *Provincia*.... Sin autem non in eadem *Provincia* uterque *domicilium* habeat.... tunc ut inter *absentes* causam disceptari (L. 12. Cod. lib. 7 tit. 33, de praescript. longi temp.) (1).

Ma in *antitesi* con le voci *origo, domicilium* et *domus*, dinotava la *non presenza* di un individuo nel luogo dove legalmente avrebbe dovuto essere (*in quo petitur*). Or per essere considerato tale non era necessario trovarsi molto lontano da codesto luogo: bastava che non fosse nel recinto (*continentia*) della città alla quale apparteneva, sia come *originario*, sia come *domiciliato*, sia come *abitante*, secondo le circostanze, salvo se essendo in questo recinto non si fosse tenuto nascosto.

Absentem accipere debemus eum qui non est *eo loci* in quo *loco petitur*: non enim trans mare *absentem* desideramus : et si forte extra *continentia urbis sit, abest*: caeterum usque ad *continentia*, non *abesse* videbitur, si non latitet. (L. 199 D. lib. 50 tit. 16. de verb. signif. Ved. pure L. 173. ivi.).

L'*assenza* perciò costituiva anche un rapporto giu-

(1) Ved. altri significati presso Brissonio, v. *absens*, e presso Corvino, Comm. alla L. 199, D. lib. 50, tit. 16 (de verb. signif.)

ridico, il che importava che la persona per essere considerata *assente* doveva conservare il suo *stato* anche fuori del luogo dove doveva trovarsi (*petitur*). In conseguenza si aveva per *assente* chi fosse stato ritenuto dai *latrones*, ma non chi fosse stato fatto *prigioniere* dei nemici, poichè diveniva schiavo.

> *Abesse* non videtur qui ab *hostibus captus* est, sed qui *a latronibus detinetur* (L. 199. § 1, ivi.)

L' *assenza* poteva essere *volontaria* e *necessaria*, secondo che dipendeva o no dalla propria volontà il non trovarsi *presente*.

> Et generaliter, quotiescumque quis ex *necessitate*, non ex *voluntate abfuit*, dici oportet ei subveniendum (L. 26 § 9 D. lib. 4. tit. 6, ex quib. caus. mai. in integr. rest.)

Così coloro che viaggiavano si rendevano volontariamente assenti (1). Al contrario si reputavano tali per necessità coloro che erano incaricati altrove di qualche missione dello Stato (*qui reipublicae causa absunt* (2).

L' assenza *volontaria* poteva avere un motivo *onesto* o *turpe* (3).

L' assenza poteva essere *reale* e *finta*. Era *reale* quando un individuo si trovava lontano dal luogo dove avrebbe dovuto essere. Era *finta* quando sebbene *corporalmente* si trovasse presente, ciò non di meno non era in grado di esercitare i suoi diritti in un modo *giuridico*, sia per difetto di capacità, sia per altre circostanze di cui la legge teneva conto. Così il *pupillo* era considerato assente quando non era accompagnato

(1) Ved. il primo testo a pag. 313.

(2) Ved. Instit. lib. 1. tit. 25. §. 2.

(3) Ved. L. 1. D. lib. 4. tit. 6. (ex quibus caus. maj. in integ. rest.) e MÜHLENBRUCH § 88. n. 2.

dal tutore, ed i *soldati* quando erano in servizio, quantunque fossero nel luogo in cui altrimenti sarebbero stati considerati presenti.

Si pupillus *praesens* sit, tutorem autem non habeat, pro *absente* habendus est (L. 10. D. lib. 42 tit. 4 quib. ex caus. in poss. eatur).

Quod si quis *praesens* sit, vice tamen *absentis* habetur, ut puta qui in vigilibus vel urbanis castris militat. (L. 15 § 3. D. lib. 48. tit. 5. ad L. Iul. de adult.)

Codesta *finzione* però era stata ammessa, ed in conseguenza valeva per favorire e non per pregiudicare le persone che ne erano il soggetto.

Di tutte queste differenze circa il concetto dell' assenza si teneva conto nella valutazione di certi rapporti giuridici ne' quali l' assente si poteva trovare interessato, come avremo occasione di vedere, e come risulta da' testi che abbiamo riportati, facendo astrazione dalla certezza o incertezza dell' *esistenza* dell'assente. Ma se all' *assenza* di un individuo si univa anche la *mancanza di notizie* della sua *esistenza*, l' assenza acquistava una nuova importanza, siccome abbiam veduto ne' casi che ci è occorso fin ora di esaminare (1).

§ 7.

Classificazione delle persone secondo la capacità di Diritto *e di* agire.

In tesi generale tutte le persone dovrebbero riunire alla *capacità* di *Dritto*, anche quella di *agire*, perchè per trarre vantaggio da' *diritti* bisogna poterli *esercitare*. Tuttavia s'incontra un gran numero di persone che posseggono l' una e non l' altra *capacità*; il

(1) Ved. lib. 1. cap. 1. §. 5. cap. 2. §. 4. in fine e §. 20.

che può accadere per diverse cagioni. In prima può accadere per la *natura organica* della persona, essendo tale da non potere assolutamente *possedere* le *tre facoltà* sulle quali si fonda la *capacità* di *agire*. Tali sono le *persone giuridiche*. E se talvolta, come si è veduto, nel linguaggio comune si attribuisce loro tutte o alcune di codeste *facoltà*, ciò accade non perchè realmente le posseggano, ma perchè per una specie di metafora (per *abusionem*) (1) si appropria loro quel che conviene soltanto alle *persone fisiche* colle quali esse hanno relazione direttamente o indirettamente.

In secondo luogo, sono *incapaci* le *persone fisiche* che non posseggono in tutto o in parte le enunciate facoltà, ma che hanno la *possibilità naturale* di acquistarle. Tali sono quelle le quali non ancora sono giunte all'*età* in cui le leggi positive le reputano in possesso di esse, come accadeva per Diritto Romano agli *impuberi* di qualunque specie, ed a' *minori* (2).

In terzo luogo, coloro che o non giunsero mai ad acquistarle, o dopo averle acquistate le perdettero in tutto o in parte. Tali erano i *furiosi*, gl'*imbecilli*, i *dementi* ed i *prodighi* (3).

Oltre di queste persone, per *Diritto razionale* non se ne potrebbero ammettere altre. Tuttavia nel Diritto *positivo* dei Romani si trovano annoverate tra le persone *incapaci*, individui che in realtà non dovrebbero essere privati di tale facoltà se non ne'casi ora enumerati. Così furono ritenute per *incapaci* le *donne, propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium* (4).

(1) Ved. pag. 302.

(2) Ved. pag. 63 e seguenti.

(3) Ved. pag. 58 e 59.

(4) Ved. i testi che saranno riportati nella seconda sezione di questo capitolo.

Or queste ragioni qualora fossero vere, non supporrebbero nella donna un difetto di facoltà intellettiva e critica (*non quia non habent judicium*) (1), poichè anche l'uomo può trovarsi nella medesima condizione di *leggerezza* di *animo* ed *ignoranza* del Diritto (2); onde Gajo diceva bene essere tale ragione più speciosa che solida (*magis speciosa videtur, quam vera*) (3).

Per lo stesso motivo tra le persone *incapaci* non dovrebbero essere annoverati: a) nè i *servi*: b) nè i *filiifamilias*, perchè i primi erano privi anche della *capacità* di *Diritto*, ed i secondi erano privi soltanto de' diritti patrimoniali, salvi i peculii per causa de' rapporti in cui si trovavano colla famiglia, siccome abbiam veduto (4): c) nè coloro che vengono interdetti dell' esercizio di certi diritti per delitti commessi o altre ragioni (5). Tuttavia nella scuola ricevono anche questi un tal nome. Insomma, oltre le *persone giuridiche*, le quali per la loro stessa natura organica sono *incapaci* di *agire*, i soli e veri *incapaci* per *Diritto razionale*, sono le *persone fisiche* prive di *intelligenza* e di *ragione*. Tutte le altre persone adunque non possono esser tenute per tali, se non per *Diritto positivo*.

Sezione 2.

Delle persone CAPACI *in ispecie.*

Coloro che posseggono la *capacità di agire*, razionalmente debbono potere esercitare i loro diritti di-

(1) Ved. il 2. testo a pag. 133.

(2) Ved. ciò che si dice de' *soldati* e de' *rustici* nelle LL. 22. Cod. lib. 6. tit. 30 (de jur. delib.) e 2. § 7. D. lib. 49. tit. 14 (de jur. fisci).

(3) Ivi.

(4) Ved. pag. 113 e 233 e seg.

(5) Ved. il § 3. del cap. 2. di questo libro.

rettamente e personalmente o per mezzo di altri. Imperocchè, quando ci valiamo dell'opera aliena per conseguire certi *fini giuridici*, miglioriamo la nostra personalità, o distendendola oltre le forze individuali, o creando un surrogato a codeste forze, talora per maggior comodo della vita, e talune altre volte perchè di esse non si può usare per causa di età, di malattia o di distanza dai luoghi dove l'esercizio si dovrebbe praticare:

Et *morbus* et *aetas*, et necessaria *peregrinatio*, itemque aliae multae causae, saepe impedimento sunt quominus rem suam exequi possint (Inst. lib. 4. tit. 10.)

Usus procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel *nolunt* vel non *possunt*, *per alios* possint vel agere vel conveniri (L. 1. § 2. D. lib. 3. tit. 3. de procurat. et defens.)

Il potere che ha l'uomo di esercitare i diritti per mezzo di estranea persona, venne nella scuola chiamato *rappresentanza* (1).

Ed è questa *rappresentanza* che da taluni è considerata come una *persona giuridica*, alla quale opinione ci siamo anche noi associati (2).

Tuttavia l'antico *Diritto* romano non permetteva l'*esercizio* de' *diritti* per mezzo di altri, o sia non riconosceva la *rappresentanza*. Codesto principio non pare che fosse stato assoluto, trovando delle eccezioni tanto nel caso in cui l'esercizio del diritto consistesse nel *tutelare* la persona o i beni, vale a dire nell'esercizio di un *actio*, quanto nel caso in cui si trattasse di *acquistare* dei diritti. Nel primo caso si faceva eccezione dove si trattasse di agire *pro populo et li-*

(1) Ved. di SAVIGNY, § 113.
(2) Ved. pag. 289.

bertatis causa. E nel secondo, quando si trattasse di acquistare il *possesso* (*possessio*).

Olim quamdiu tantum *legis actiones* in usu fuissent *alterius nomine agere* non liceret nisi pro *populo* et *libertatis causa* (Gajo, Comm. 4. § 82.) (1)

Nemo *alieno nomine* lege agere potest (L. 123. D. lib. 50 tit. 17. de reg. jur.)

Per *extraneam personam* nihil adquiri posse excepta possessione (Gajo, Comm. 2. § 95.)

In questi casi di eccezione pare che qualunque persona potesse essere adoperata per l' *esercizio* de' proprii diritti: e ciò risulta dalla locuzione *extranea persona* la quale si applica ad ogni classe di persone.

Coloro però che colla qualità di *paterfamilias*, di *dominus*, e di *maritus*, avevano sotto la loro potestà o un *filiusfamilias* o un *servus* o una *uxor in manu conventa*, potevano servirsi di essi per l' *esercizio* de'loro diritti, siccome abbiamo veduto nel capitolo secondo (2). Gl' interpetri sogliono annoverar questi casi anche tra le eccezioni al principio generale (3). Ma questo sistema può esser vero o falso, secondo che si ammette o no l' *assimilazione* della *personalità* delle persone tra le quali passavano cotali rapporti (4).

Ma quale fu l' origine di questo sistema, secondo il quale non era dato al cittadino romano *capace* di esercitare da sè i diritti, di affidarne ad altri *l'esercizio?* Alcuni si son contentati di riconoscere il principio, e di non indagarne l' origine (5). Altri dissero

(1) Giustiniano aggiunge anche pro tutela; ma vedremo altrove se questo sia vero. Altra eccezione fu introdotta dalla L. *Hostilia* (Ved. il testo alla pag. 330).

(2) Ved. i testi a pag. 113, 224, 248.

(3) Ved. Di Savigny, ivi—Mühlenbruch §. 138.

(4) Ved. pag. 239. 249-250.

(5) Ved. Walter, n. 543—Ugo, St. del Dir. Rom. §. 101—Mühlenbruch, ivi.

che ciò fosse derivato dalla natura eminentemente egoistica dei Romani (1). Altri ne attribuirono il *nascimento* allo stato primitivo dei *patresfamilias* usi a vivere l' uno indipendente dall' altro, e la *continuazione* all' indole dei Romani tenaci dei loro patrii costumi (2). Altri infine al sistema delle *formole* colle quali si dovevano praticare tutti gli atti della vita civile, secondo il quale gli atti non erano validi se non quando le *formole* venissero pronunciate dalle stesse parti interessate (3). Sembra che di tutte queste opinioni, la più conforme alle fonti fosse l' ultima, risultando da esse che gli atti ne' quali non era un tempo ammessa la *rappresentanza* sono proprio tutti quelli nei quali era pur richiesta l' osservanza delle *formole*, salve poche anomalìe causate da certi casi di una natura del tutto eccezionale, come quello che risulta dal primo testo che abbiamo riportato.

Com'è facile di comprendere, un sistema di tal natura, qualunque fosse stata la sua *origine*, doveva essere possibile per tutto il tempo in cui lo STATO romano consisteva nella sola *Città* e nei suoi *sobborghi*; ma come si venne estendendo il territorio e crebbero le relazioni giuridiche, ciascun cittadino si trovò nell' *impossibilità* di potere sempre ed in tutti i casi *esercitare* da sè i diritti suoi. Così s' intese da prima il bisogno d' introdurre nuove eccezioni (4); e poi si finì coll' ammettere la regola contraria, vale a dire, che ciascuno potesse *esercitare* i suoi diritti o *per-*

(1) Ved. ORTOLAN, Explic. histor. des Instit. lib. 1. tit. 20. § 7. lib. 2. tit. 9. pr.

(2) Ved. VICO 1ª Scienza nuova, cap. 15. 2.ª SCIENZA NUOVA pag. 334. 492. 517.

(3) DI SAVIGNY §. 107.

(4) Ved. Instit. lib. 4. tit. 10—CIC. in Caecilium, orat. 4. §§ 16 e 20—DOMANGET, Comm. agli istituti di GAJO, lib. 4. § 82.

sonalmente o per mezzo di un *terzo*. Se non che questa regola non ebbe la stessa estensione, e quando si trattava di creare *nuovi rapporti giuridici*, e quando si trattava di *far valere* in *giudizio* quelli che già si trovavano stabiliti. Nel primo caso si fece distinzione tra gli atti fondati sul *Diritto* delle *genti* e gli atti fondati sul *Diritto civile*: quanto agli uni si ammise la *rappresentanza* in generale; rispetto agli altri fu esclusa in tutti quei casi in cui era tuttavia necessario l'uso delle *formole*:

Ea quae *civiliter* adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod *naturaliter* adquiritur, sicuti est *possessio*, *per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus* (L. 53. D. lib. 41. tit. 1. de adq. rer. dom.)

. . . . Per *extraneam personam nihil adquiri* posse: excepto eo quod per liberam personam, veluti *per procuratorem*, placet, non solum scientibus sed et ignorantibus vobis adquiri possessionem, secundum divi SEVERI constitutionem; et per hanc *possessionem etiam dominium*. (Inst. lib. 2. tit. 9. § 5.)

Nel secondo caso la regola fu ammessa senza alcuna eccezione:

Nunc admonendi sumus *agere* posse quemlibet hominem, aut suo *nomine*, aut *alieno*. *Alieno* veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in usu fuisset *alterius nomine agere* non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum erat *furti agere* eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicae causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare (Inst. lib. 4. tit. 10.) (1).

(1) Ved. il resto di questo testo a pag. 327.

Ma quali sono i diritti che si possono esercitare per mezzo di altri? In generale non si può esercitare per mezzo di altri i diritti *politici*, tranne i casi in cui le leggi non lo abbiano espressamente permesso:

More majorum ita comparatum est, ut is demum jurisdictionem *mandare* possit qui eam suo jure non alieno beneficio haberet. (L. 5. D. lib. 2. tit. 1. de jurisdic.)

Solet Praetor jurisdictionem *mandare*: et aut omnem *mandat*, aut speciem unam: et is, cui *mandata* jurisdictio est, *fungetur vice* ejus qui mandavit, non sua. (L. 16. ivi).

Egualmente non si può esercitare per mezzo di altri il *jus connubii*, comprendendo sotto questo nome tutti i diritti di famiglia dipendenti dallo stesso, tranne qualche eccezione di poca importanza (1).

Dunque non si può esercitare che solo il *jus commercii*, ma anche rispetto ad esso bisogna distinguere gli atti *tra vivi* da quelli a *causa di morte*: i primi si possono praticare anche per mezzo di estranea persona, tranne se non siano soggetti al sistema delle *formole*; ma gli atti a *causa di morte* debbono derivare necessariamente da colui al quale appartiene il patrimonio di cui si vuol disporre, tranne anche in questo caso qualche eccezione fondata sulla natura particolare di certi istituti giuridici, come avveniva nella *sostituzione pupillare*, dove il padre disponeva a *causa di morte* non solo dei beni suoi, ma anche di quelli del figlio (2).

Non a tutti però era permesso di farsi rappresentare. Per regola poteva esercitare i suoi diritti per mezzo di altri soltanto colui che poteva farlo anche da sè:

Quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per

(1) Ved. Di Savigny § 113.

(2) Ved. Inst. lib. 2. tit. 16.

subjectam personam agere debet (L. 2. § 1. D. lib. 50 tit. 8. de administrat. rer. ad civit. pert.) (1).

Egualmente non si poteva a tutti commettere l'esercizio dei proprii diritti. Così i soldati e le donne non potevano rappresentare gli estranei in un giudizio (2).

Gl' interpetri moderni specialmente della Germania contendono circa le condizioni ed il modo onde abbia luogo la *rappresentanza*, sino al punto che un di loro si lasciò dire che il concetto fosse così *vago* da non potersi nè definire, nè sottoporre a regole generali (3). Non pare che la cosa sia così come crede cotesto scrittore. Ma che che sia di ciò, è però certo che essa suppone un *incarico* (*mandatum*) *anteriore* all' atto , dato dalla persona interessata nello stesso. Or chi può dar questo incarico , può anche aver per *valido* (*ratum habere,comprobare*) (4) un atto già eseguito nel suo interesse nell' *ignoranza* di essere avvenuto. A questo riconoscimento ed approvazione di un atto eseguito da un terzo senza *incarico precedente* e senza la *scienza* dell'esecuzione di esso, fu da'giureconsulti dato il nome di ratifica (*ratihabitio* o *rati-habitio*), la quale perciò equivale ad un incarico (*mandatum*).

.... *Rati* enim *habitio*, *mandato* comparatur (L. 12 § 4 D. lib. 46 tit. 3. de solut.)

Perchè dunque vi sia *ratifica* (*ratihabitio*) (5) occorrono due condizioni : l'*ignoranza anteriore* e contemporanea all' esecuzione dell' atto , e l' *approvazione* posteriore dello stesso. Così se alcuno dia in *ipoteca* la

(1) Ved. le applicazioni che ne fa Gajo, comm. 1. § 179 e 4 § 124.

(2) Ved. Instit. lib. 4. tit. 13. § 11.

(3) Ved. le note al § 76 dell' Arndts.

(4) L. 12 § 1 D. lib. 46 tit. 8 (ratum hab.)

(5) Ved. circa la *ratihabitio* una diss. di G. Polignano (Napoli 1869).

cosa altrui nell'*ignoranza* del proprietario, ed indi ne ottenga l'*approvazione*, quell'atto avrà lo stesso valore giuridico che avrebbe avuto se fosse stato fatto per *incarico* del proprietario.

Si *nesciente domino*, res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus *ratum* habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod *ratum* habet, voluisse eum retro recurrere *ratihabitionem* ad illud tempus quo convenit. (L. 16 § 1 D. lib. 20 tit. 1, de pign. et hypoth.)

La *ratihabitio* dunque suppone l'*ignoranza* di quel che si vuol fare o si sta facendo: la *conoscenza* anteriore di ciò costituirebbe un *incarico tacito*, ed è in questo senso che venne nella scuola ammessa un' *espressa* ed una *tacita rappresentanza*.

Ma che cosa accadeva in quel tempo in cui non si ammetteva per regola la rappresentanza, e nel tempo posteriore ne'casi in cui si escludeva per eccezione? Forse l'attività della persona che non voleva o non poteva esercitarla da se, era costretta a rimanere nell'inerzia? Il genio inventivo e pratico de' Romani era riuscito ben per tempo ad introdurre alcuni *surrogati*, secondo che si trattava di agire per *far valere diritti* o *poteri esistenti*, o per *acquistarne* de' nuovi. Nella prima ipotesi si soleva trasmettere ad un altro quei *diritti* o que' *poteri* (*jura et potestates*) che si volevano *far valere*, colla condizione di riaverli dopo l'esercizio con tutti gli accessorii che derivavano dallo stesso (*cum omnibus causis*), mediante una *retrocessione*, per sicurezza della quale al trasferimento quasi sempre si aggiungeva la clausola della *fiducia*, espressa con le parole *ex bona fide* o *ut inter bonos bene agier oportet* (1). Nella seconda ipotesi, s'incaricava

(1) Ved. Cic. de off. lib. 3 § 15; i PRIMI, lib. 1. cap. 6. in fine.

un amico di agire in nome proprio, salvo a fare in appresso cessione de'diritti, sia *reali* sia *personali*, acquisiti. E se nell' una o nell' altra ipotesi si trattava di diritti *intransitivi*, si faceva ricorso ad altri mezzi che più o meno direttamente menavano allo stesso scopo (1).

Noi abbiamo esposto il sistema della *rappresentanza* dal punto di vista *economico* e *storico*, vale a dire sotto il rapporto dell' *utilità* di cui era capace e dell'*uso* che ne fecero i Romani. Ma guardato sotto l' aspetto *filosofico*, l' autore dello *Spirito del Diritto romano* osserva (2), come i Romani ebbero ragione di non ammetterla per lungo tempo, perchè compresero che ripugnava colla natura razionale delle relazioni che passano tra gli *atti* ed i loro *effetti*, i quali dovendo essere *contemporanei* agli atti stessi, escludono la possibilità di due personalità, una che sia autore dell'atto, ed un'altra che ne tragga i vantaggi, secondo l'insegnamento degli stessi giureconsulti.

> **Quaecumque gerimus, cum ex *nostro contractu* originem trahunt, nisi ex *nostra persona* obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter *suo nomine* recte agat, possumus. (L. 11, D. lib. 44 tit. 7 de oblig. et act.)**

Se fosse vero il principio, esatto il senso del testo di Paolo che n'è l'autore, e certo che in virtù dello stesso principio fosse stata esclusa la *rappresentanza* ne' primi tempi, non si avrebbe bisogno di alcuna delle ragioni da noi addotte (3) per giustificare quel sistema. Ma rimettendo ad altra occasione l' esame del prin-

(1) Ved. Jhering, vol. 4, § 66, n. 5.
(2) Ved. Jhering, vol. 4, § 63, n. 3.
(3) Ved. pag. 328, 329.

cipio e del testo, pare che l'osservazione del chiarissimo autore sarebbe ragionevole solo quando i Romani avessero cominciato dall' ammettere la *rappresentanza* ed avessero finito coll' escluderla ; imperocchè , trovando storicamente praticato il contrario, per giustificarne il *processo*, bisognerebbe riconoscere ne'Romani dei primi tempi, che esclusero la *rappresentanza*, una *mentalità* più acuta e più progredita per intendere quel principio, di quella dei Romani dei tempi posteriori i quali l'ammisero. Ora tutti, non eccettuato l'autore, convengono che i Romani de' primi tempi vinsero tutti i popoli contemporanei , compresi i *Greci*, in *sapienza civile*, ma non divennero *filosofi* che molto tardi (1).

Sezione III.

Delle persone INCAPACI *in ispecie.*

§ 1.

Generalità.

Secondo le cose precedenti (2) , la *capacità* di *Diritto* è conciliabile tanto colle *persone fisiche* quanto colle persone *giuridiche*, ma la *capacità* di *agire* invece è propria delle sole *persone fisiche*.Le *persone giuridiche* dunque sono assolutamente *incapaci*. Le *fisiche* al contrario sono tali solamente ne' casi da noi enunciati (3), alcuni dei quali sono riconosciuti non solo dal *Diritto*

(1) Ved. i Primi, lib. 1. generalità—Vico, de uno univ. jur. pr. *Proloq.*

(2) Ved. le generalità del cap. 11 e di questo cap., non meno che i §§ 7 ed 8 dello stesso.

(3) Ved. § 7.

positivo, ma anche dal *Diritto razionale*, ed altri dal *positivo* soltanto. Ora nel *Diritto antico* di Roma le *persone incapaci*, sia per l'una sia per l'altra ragione, formavano tre classi differenti. Nella prima entravano le sole *persone giuridiche* di qualunque natura. Nella seconda, a) gl'*impuberi*: b) i *furiosi*, gl'*imbecilli* e i *dementi*: c) i *prodighi*. Nella terza classe, le *donne* (1). Ma nel *Diritto nuovo*, le *donne* furono uguagliate agli uomini quanto all' esercizio dei *diritti civili*, tranne poche eccezioni (2). Rispetto ai *politici* rimasero le stesse, cioè *incapaci* di *Diritto* e di *agire*. Vero è che dalle fonti sembra risultare poter la donna non solo *avere* , ma anche *esercitare* gli *honores* ed i *munera* , ed a tal proposito essersi anche regolato il *luogo* dove dovessero *esercitarli* :

Eam quae aliunde oriunda , alibi nupta est , si non in urbe Roma *maritus ejus* consistat, non apud *originem* non suam , sed apud *incolatum mariti ad honores seu munera*, quae *personis cohaerent*, quorumque *is sexus capax esse potest*, compelli posse , saepe rescriptum est. Patrimonii vero *munera* necesse est mulieres in his locis, in quibus possident, sustinere. (L. unic. Cod. lib. 10, tit. 62, de mulier. et in quo loco etc.)

Ma la parola *honores*, nel rapporto colle donne, viene nelle fonti usata nel significato di *dignità* (*claritas*) e non di *funzione*. Anzi la stessa *dignità* che si attribuiva loro, non era un attributo proprio, ma derivava dalla classe a cui appartenevano, e più specialmente da'rapporti co'quali si trovavano unite a taluni *pubblici funzionarii*, come *mogli* o come *figlie* :

Mulieres honore maritorum erigimus (et) genere nobilitamus, et forum ex eorum persona statuimus. Sin

(1) Ved. i testi che saranno riportati in appresso.

(2) Ved. cap. II. § 3.

autem *minoris ordinis virum* postea sortitae fuerint, *priore dignitate* privatae, posterioris mariti sequentur conditionem et domicilium mutamus (L. 9, Cod. lib. 10 tit. 39 de incol.)

Si, ut proponitis, et *avum Consularem* et *patrem Praetorium virum* habuistis, et non privatae conditionis hominibus, sed *clarissimis* nupseritis: *claritatem generis retinetis*. (L. 1, Cod. lib. 12, tit. 1 de dignitat.) (1)

Or lo stato *anormale*, in cui si trovano le *persone incapaci*, è senza dubbio contrario alla natura de' *diritti*, i quali, come altrove abbiam dimostrato (2), sono necessarii perchè le *persone* conseguano la loro suprema *destinazione*. La *ragione* perciò, la quale impone all'uomo codesta *destinazione*, e gli accorda ad un tempo i *diritti*, esige anche rigorosamente un *mezzo artificiale*, onde i diritti che non si possono far valere *direttamente* da quelli a' quali competono, tornino almeno loro utili per *vie indirette*. Così il sistema della *rappresentanza*, che rispetto alle *persone capaci* riesce di un' evidente *utilità* (3), per le *persone incapaci* diventa una *necessità*. Ciò nondimeno il rigoroso *formalismo* dell'antico *Diritto* di *Roma* non permetteva, neppure in questo caso, che una persona *capace* potesse, sia *giudizialmente*, sia *stragiudizialmente*, esercitare i diritti della *persona incapace*. Perciò tanto per le *persone giuridiche* quanto per le *persone fisiche* s' intese il bisogno di adoperare altri mezzi, che si possono considerare come *surrogati* della *rappresentanza* quanto al *fine*, ma che ne differivano per rispetto alla *forma* ed ai *risultamenti*. Co-

(1) Ved. i *Comentaria* Cod. di CUJACIO sopra questi due testi.
(2) Ved. i PRIMI § 2, lib. 1, cap. 4.
(3) Ved. § 8.

desti mezzi inoltre non erano gli stessi per le une e per le altre persone; il che si giustifica colla differenza della loro *natura organica.*

§ 2.

Mezzi per provvedere all' INCAPACITÀ *delle persone* GIURIDICHE

Abbiam veduto altrove come e perchè le *persone giuridiche* non fossero della medesima specie, e che invece esistessero fra loro delle *differenze sostanziali* derivanti dallo scopo al quale erano destinate (1). Ora queste differenze circa la loro *natura organica*, rendono anche differenti le loro *funzioni.*

Le regole stabilite dal *Diritto romano* intorno alle *funzioni* delle *persone giuridiche* che si fondano in una *universalità di beni* o *in un uffizio publico o privato* (2), si trovano esposte in proposito degli *istituti giuridici* che vi hanno relazione. Qui dunque occorre di parlare soltanto delle regole concernenti le *funzioni* delle *Associazioni* o *Corporazioni*, e delle *Fondazioni.*

In qual modo dunque quel *Diritto* provvedeva all'*incapacità* di codeste due classi di *persone giuridiche*? Nelle fonti si trova provveduto soltanto all'*incapacità* de' *Municipii* (3). Or donde deriva il difetto di regole *generali* e comuni a tutte le *Associazioni* e *Fondazioni*, o almeno delle *speciali* per ciascuna di loro? Un chiarissimo scrittore attribuisce il difet-

(1) Ved. pag. 41 e 277 e seguenti.

(2) Ved. pag. 289 e 290.

(3) Ved. Di Savigny, § 96, e Goudsmit, § 35.

to delle *regole generali* al *genio pratico* de' giureconsulti (1). Ma se ciò fosse vero, dovremmo almeno trovar le regole *speciali* anche per ciascuna delle *Associazioni* che non costituivano *Municipio*, e delle *Fondazioni*. Tuttavia non solo non s' incontrano queste regole, ma quelle fatte pei *Municipii* vennero estése, come vedremo, a tutte le *Corporazioni* e *Fondazioni*. Dunque pare che i giureconsulti tendevano non a *specificare* e *restringere*, ma a *generalizzare* le regole. In conseguenza è da credere che quella limitazione abbia per fondamento non già il *genio pratico* de' giureconsulti, che senza dubbio possedevano in un grado eminente (2); ma un fatto del tutto storico. Ecco come a noi sembra che sia andata la cosa.

I *Municipii* erano, come altre volte si è detto, altrettanti piccoli STATI prima che venissero sottoposti all' *egemonia* romana (3). Allora avevano come Roma le loro *assemblee popolari*, i loro *Senati* ed i loro *Magistrati*. È per questo che si trovano anche chiamati *Respublicae*.

> Si *municipes* vel aliqua universitas ad agendum det *actorem*, non erit dicendum, quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro *Republica* vel *universitate* intervenit, non pro *singulis*. (L. 2, D. lib. 3 tit. 4, quod cujus. univ.)

Quando perdettero la loro *indipendenza politica*, conservarono tuttavia codeste istituzioni; se non che esse da *politiche* divennero *amministrative*. Tutti riconoscono che una legge, pubblicata a' tempi di CESARE, nota sotto il nome di *lex municipalis*, avesse rego-

(1) DI SAVIGNY ivi.
(2) Ved. i PRIMI, Prenozioni.
(3) Ved. la STORIA, lib. 1. cap. 9. § 2 e 9.

late codeste istituzioni in un modo uniforme per tutti i Municipii (1); ed è appunto tal legge che fu oggetto di larghi comenti per parte de' giureconsulti, i cui frammenti vennero raccolti e riuniti nel Digesto sotto il titolo *ad municipalem*, cioè *ad legem municipalem* (2). Non è già che con quella legge fossero state create nuove istituzioni; ma conservando quelle che si trovavano da gran tempo in tutte le città italiane, ne fu solamente reso uniforme il modo di agire. Le città dunque italiane quanto alle parti sostanziali del loro ordinamento, avevano una perfetta simiglianza colla capitale dello Stato, salvo soltanto i nomi co' quali erano qualificate, e salva pure l' indole di esse, perchè, come abbiam detto, erano *amministrative* e non *politiche*.

Quantunque le *Assemblee politiche* venissero a cessare (3), le *municipali* rimasero sempre in vigore, come risulta dalle fonti contenute tanto nel Codice *Teodosiano*, quanto nella compilazione di *Giustiniano* (4). L' amministrazione dunque de' *Municipii* fu anche ai tempi di *Giustiniano* (5) divisa tra l' *Assemblea* (*Consilium*), la *Curia* (*Curia* o *Senatus*), ed i *Magistrati* (*Magistratus*) (6). La parte maggiore dell'autorità amministrativa nondimeno apparteneva alla *Curia*. Perciò fu, con un' espressione metaforica, detto che essa costituiva i *nervi* ed *visceri* della Città (*Curiales* nervos

(1) Ved. la Storia, lib. 2 cap. 1. Roth de Re municipali, lib. 2, § 2. di Savigny, Stor. § 9. Sistema, § 96.

(2) Ved. Gotofredo, n. al lib. 51 del tit. 1 del Dig.

(3) Ved. pag. 117.

(4) Ved. Roth, lib. 2, § 6, ed i testi che seguono. Ved. in contrario di Savigny, § 96.

(5) Ved. la Nov. 15, cap. 1.

(6) Ved. i citati autori.

esse Reipublicae ac viscera *Civitatum nullus ignorat* (1). Ed è pure per questo motivo ch'è sembrato talvolta essere la *Curia* la sola rappresentante del *Municipio* (2). Non entra nel nostro compito l' esame speciale di tutte le funzioni proprie all' *Assemblea*, alla *Curia* ed ai *Magistrati*, avendo esse relazione in gran parte col *Diritto pubblico*, o meglio *amministrativo* come si dice oggi (3). Ci limiteremo perciò alle sole *funzioni* che si riferiscono al *Diritto privato*, e più specialmente all' *esercizio* dei *diritti patrimoniali* (4).

Or la rappresentanza del Municipio quanto a codesti diritti apparteneva alla *Curia* (Curia-Ordo), salvi i casi particolari nei quali dovea consultarsi anche l' *assemblea* (Consilium). Ma come funzionava ? La *Curia* non si avea per costituita legalmente se non con due terze parti almeno de' suoi membri ; ed era nulla la deliberazione presa con un numero minore di *Curiali.*

> *Lege municipali* cavetur, ut *Ordo* non aliter habeatur quam *duabus partibus adhibitis* (L. 3, D. lib. 50 tit. 9 de decr. ab ord. fac.)
>
> Illa decreta , quae non *legitimo numero decurionum* coacto facta sunt, *non valent*. (L. 2, ivi)

Il numero in conseguenza dei *Curiali* necessarii per la validità delle deliberazioni si calcolava non già da quelli che intervenivano nelle tornate della *Curia*, o per dirla con una frase moderna, dei *Curiali presenti*, ma da tutti quelli che costituivano la *Curia*, vale a dire, che erano scritti nell' *albo*:

> Nominationum forma vacillare non debet, si omnes

(1) Nov. Majorani, tit. 7. Ved. Cod. Theod. di Haenel.
(2) Ved. di Savigny, l. c.
(3) Ved di Savigny, e Roth, op. cit. Serrigny, lib. 1 tit. 3.
(4) Ved. cap. 3. § 5, e Serrigny lib. 1. tit. 3. cap. 8.

qui *albo Curiae* detinentur adesse non possunt: ne paucorum absentia, sive necessaria, sive fortuita, debilitet quod a *majore parte Ordinis* salubriter fuerit constitutum: *cum duae partes Ordinis in urbe positae totius Curiae instar exhibeant.* (L. 46, Cod. lib. 10, tit. 31, de decur. et fil. eor. etc.)

Ma se era necessaria la presenza de' *due terzi* dei *Curiali* scritti nell' *albo* per la validità delle deliberazioni, non era egualmente necessario che tutti fossero stati del medesimo avviso, o come si dice oggi, *uniformi*. Bastava la *maggioranza assoluta* per ogni deliberazione:

Quod *major pars Curiae* effecit, pro eo habetur ac si omnes egerint. (L. 19 D. lib. 50, tit. 1, ad municip.)

Nec venditio rei hereditariae Curiae acquisitae, aut debitoris hereditarii qui solverit, liberatio aliter admittenda est: nisi apud acta *totius vel majoris partis Ordinis* intercedente decreto, ineundi contractus, vel dissolvendae obligationis causa probetur. (L. 2, Cod. lib. 10, tit. 33, de praed. decur. sine decr. non alien.)

Le deliberazioni prese in tal modo dall' *Ordo* una volta si mandavano ad esecuzione per mezzo di un *syndicus* o di un *actor* (1). Alcuni ammettono anche un *administrator* (2). Ma facendo astrazione da ciò, potrebbe parere che le voci *actor* et *syndicus* dinotassero una sola e medesima funzione; tuttavia erano due funzioni distinte: l'*actor* rappresentava il *Municipio* soltanto nelle liti; il *syndicus* invece lo rappresentava tanto nelle liti, quanto ne' con-

(1) Ved il testo a pag. 296-297-344.

(2) Ved. Wesembecio, Com. D. lib. 3. tit. 4. Le fonti fanno anche menzione di *curatores* (V. D. lib. 50. tit. 8); ma sotto questo nome andavano compresi tutti coloro che esercitavano una funzione qualunque nell'interesse del Municipio (Ved. Wesembecio, Com. al l. c.)

tratti e negli altri atti ne' quali il *Municipio* si poteva trovare interessato (1).

La scelta tanto dell' *actor* quanto del *syndicus* apparteneva alla stessa *Curia* (Curia o Ordo), salvo se una legge o un regolamento speciale non ne attribuisse ad altri la funzione ; e si faceva collo stesso metodo col quale si provvedeva a tutti gli altri negozii:

> Nulli permittetur nomine civitatis vel *Curiae* experiri, nisi ei cui lex permittit, aut lege cessante, *Ordo dedit, cum duae partes adessent aut amplius quam duae*. (L. 3, D. lib. 3, tit. 4, quod. cujusq. Univers.)

La nomina dell' *actor* si poteva tuttavia anche delegare a' *magistrati*. Sembra però che in tutti i casi non si potesse scegliere un *actor* per tutte le liti, ma si dovesse farlo volta per volta quando ne venisse il bisogno, salva la consuetudine de'luoghi; o come si dice oggi, il *mandato* doveva essere *speciale* e non *generale*. Negli ultimi tempi le due funzioni si riunirono nel solo *Syndicus:*

> Si Decuriones decreverunt, actionem per eum movendam quem *Duumviri* elegerint, is vedetur ab *Ordine* electus : et ideo experiri potest : parvi enim refert, ipse *Ordo* elegerit , an is cui *Ordo* negotium dedit. Sed si ita decreverint, *ut quaecumque incidisset controversia, eius petendae negotium Titius haberet* : *ipso jure* id decretum nullius momenti esse , quia non possit videri de ea re, quae adhuc in controversia non sit, decreto datam persecutionem. Sed hodie haec omnia per *Syndicos* solent, secundum *locorum consuetudinem, explicari*. (L. 6, § 1, D. lib. 3, tit. 4, ivi).

Or questo metodo di provvedere all' esercizio dei diritti de'*Municipii*, che, come abbiam detto, si trova-

(1) Ved. WESEMBECIO, ivi.

no chiamati *Respublicae* anche negli ultimi tempi (1), fu esteso a tutte le *persone giuridiche* considerate come *Corpus*.

Quibus permissum est *corpus habere Collegii*, *societatis*, *sive cujusque alterius eorum nomine* proprium est, ad *exemplum Reipublicae*, habere *res communes*, *arcam communem*, et *actorem sive syndicum*, *per quem*, *tamquam in Republica*, *quod communiter agi fierique oporteat*, *agatur*, *fiat*. (L. 1. §. 1. lib. 3. tit. 4, quod cujusque univ. nom. ec.)

Dunque tutte le *persone giuridiche* che costituivano un' *Associazione* o una *Fondazione* erano rappresentate da un numero di persone *fisiche* più o meno esteso, secondo l' indole della *persona giuridica*, e da un *actor* o *syndicus*; colla differenza che quelle avevano la missione di *deliberare* ciò che meglio convenisse al benessere della *persona giuridica*, e l' *actor* o il *syndicus* mandava ad esecuzione le *deliberazioni*.

Si faceva tuttavia eccezione per le Città di Roma e di Costantinopoli, rispetto alle quali gli stessi Uffiziali erano incaricati del *Governo politico* ed *amministrativo* (2).

§ 3.

Mezzi per provvedere all' incapacità delle PERSONE FISICHE.

Fino a quando le *persone fisiche* erano sottoposte ad una delle *potestà* delle quali si è parlato nel capitolo precedente, non vi era luogo ad alcun provve-

(1) Ved. pag. 339.
(2) Ved. SERRIGNY, lib. 1, tit. 4, cap. 1 e 2.

dimento, anche allora che si trovassero in quell' *età* o in quello *stato* che secondo le cose precedenti costituivano l'*incapacità* di tali persone. Imperocchè prima dell' istituzione de'peculii (1), gl'*impuberi*, i *furiosi* ed i *dementi* sottoposti alla *patria potestà*, non avendo diritti da esercitare, non avevano neanche bisogno di un mezzo artifiziale per provvedere alla loro *incapacità* naturale. E quando furono ammessi a poter avere de'beni proprii, gli stessi *patresfamilias* sotto la cui potestà si trovavano, compivano la loro personalità per tutti gli atti relativi a' loro peculii, colle stesse forme colle quali si procedeva quando si trattava di *homines sui juris*. In questo senso un chiarissimo scrittore, con la solita sua esattezza e precisione, dice che in questi casi l' *incapacità* si confondeva con l' *impotenza*, e con un solo e medesimo mezzo si provvedeva all' una ed all' altra (2). Dunque si aveva bisogno di ricorrere a *mezzi artifiziali* particolari solo quando l'*incapace* era *homo sui juris*. Codesti mezzi artifiziali erano due, la *tutela* e la *curatela* (*tutela* et *curatio* o *cura*). Di qui nacque un'altra distinzione delle persone, vale a dire di quelle che erano in *tutela vel curatione*, e di quelle che non erano sottoposte nè all' una nè all' altra. Nell' antico Diritto la distinzione riguardava tutti coloro che non erano nè sotto la *patria potestas*, nè sotto la *manus*, nè in *mancipio*:

> Transeamus nunc ad aliam divisionem: nam ex his porsonis quae neque in *potestate*, neque in *manu*, neque in *mancipio* sunt, quaedam vel in *tutela* sunt vel

(1) Ved. §§ 15 e 18, cap. 2.
(2) Ved. Di Savigny, § 54-55.

in *curatione*, quaedam *neutro jure* tenentur. (GAJO, Comm. 1, § 142)

Ma a'tempi di GIUSTINIANO, non esistendo più nè la *manus*, nè il *mancipium*, furono esclusi dalla distinzione soltanto quelli che erano in *potestate*:

> Transeamus ad aliam divisionem personarum: nam ex his personis quae in *potestate* non sunt, quaedam vel in *tutela* sunt vel in *curatione*, quaedam *neutro jure* tenentur. (Pr. tit. 13 lib. 1)

Nell' *antico Diritto* la *tutela* si applicava agl' *impuberi* dell' uno e dell' altro sesso, e alle *donne* anche *puberi* (1). Ma quando le *donne* acquistarono l'*esercizio* de'*diritti civili*, vennero sottratte alla *tutela* come *puberi*, e rimasero sottoposte soltanto alla *tutela* come *impuberi* egualmente che i *maschi*. La *curatela* invece tanto nel *Diritto antico* quanto nel *Diritto nuovo* si applicava a tutte le altre *persone fisiche incapaci*. Taluni scrittori opinano che l' esistenza di due *istituti giuridici* per le *persone fisiche incapaci* non abbia alcun fondamento razionale (2). Senza dubbio lo scopo della *tutela* e della *curatela* è lo stesso, poichè nell' uno e nell' altro caso si viene a compiere una *personalità incompiuta*. Ma quando si riflette allo stato delle persone che vanno soggette all' una o all' altra istituzione, ed al modo onde queste funzionavano, si vede chiaro come un medesimo *istituto giuridico* applicato a tutte le *persone incapaci*, avrebbe dato luogo a molte ed importanti anomalie.

Si suole anche osservare che codesti *istituti giuridici* non giunsero mai ad acquistare quella perfezione la quale si trova in molti altri relativi sia alle persone, sia

(1) Ved. la n. 1. a pag. 336.
(2) Ved. MAYNS § 408.

ai beni (1). Pare però che questa osservazione si dovesse limitare alla sola *curatela*; o almeno volendola estendere anche alla *tutela*, bisognerebbe sempre riconoscere che le sue imperfezioni sono di così poca importanza che non hanno impedito che essa acquistasse l'*unità organica* e *formale*, ch'è il segno caratteristico della perfezione di tutte le cose; ond'è che la si vede funzionare sempre nella stessa maniera, e secondo certe regole generali, le quali non danno luogo che a rarissime eccezioni. Il che non accade della *curatela*, la quale funziona diversamente secondo le persone alle quali si applica; ed accade anche talvolta che funzioni diversamente rispetto alla medesima persona.

Quantunque codesti due istituti giuridici fossero *differenti*, ebbero nondimeno sempre, tanto nel *Diritto antico* quanto nel *Diritto nuovo* tale simiglianza da *identificarsi* sotto certi riguardi. E senza tener conto della loro *missione* la quale suppone l'*incapacità* delle persone sì nella *tutela*, che nella *curatela*, si tenne in primo luogo per certo, essere amendue le istituzioni fondate nel *Diritto naturale* ed ammesse da tutte le nazioni in tutti i tempi, perchè le *persone incapaci* si trovano dovunque e sempre, nè è in potere dell' uomo il fare che non esistano.

Sed *impuberes* quidem in *tutela* esse, *omnium civitatium* jure contingit; quia id *naturali rationi conveniens* est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius *tutela* regatur: nec fere *ulla civitas est* in qua non liceat parentibus liberis suis *impuberibus* testamento tutorem dare: quamvis, ut supra diximus, soli *cives romani* videantur tantum liberos in *potestate* habere. (Gaio Comm. 1. § 189)

(1) Ivi.

Impuberes autem in *tutela* esse *naturali juri conveniens est*, ut is qui *perfectae aetatis non sit*, alterius *tutela* regatur. (Institut. lib. 1. tit. 20. §. 6.)

In secondo luogo, anche nel modo come si trovavano ricevute nel *Diritto positivo* furono considerate nella stessa maniera. Se non che, nel *Diritto antico* facevano parte delle istituzioni della *famiglia* e della *Gens*, e nel *Diritto nuovo* delle istituzioni dello STATO. Ma come vennero riguardate dal *Diritto antico*, come dal *nuovo?* Gl' interpetri in generale ritengono che nel *Diritto antico* costituivano una *potestà* (*potestas-jus*) che competeva a coloro che erano chiamati alla successione degl' *incapaci*, e che in conseguenza esercitavano nel *proprio* interesse come mezzo per tutelare il *patrimonio* al quale aveano diritto. E questa opinione sembra giustificata da un frammento di Paolo concepito in questi sensi:

Legitimae tutelae, lege duodecim tabularum, adgnatis delatae sunt et consanguineis: idem patronis, id est his qui ad legitimam *haereditatem admitti possint*. Hoc summa providentia: ut qui *sperarent hanc successionem*, iidem *tuerentur* bona, ne *dilapidarentur*. (L. 1 pr. D. lib. 26, tit. 4, de legit. tut.)

Ma ben riflettendo su questo frammento, pare che Paolo accennasse piuttosto ad un *dovere* che ad un *diritto*, e la stessa tutela de' beni sembra richiesta nell'interesse degl'*incapaci* e non dei chiamati alla *tutela* della *persona*. Laonde ci permettiamo di allontanarci dalla comune opinione fondandoci sopra alcuni dati della storia ammessi da quegli stessi che la professano.

Nel tempo della *famiglia eroica* e delle *Gentes*, la *difesa* delle persone che vi appartenevano faceva parte de'loro *doveri* (1). Or la cura degl' *incapaci* di

(1) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3. § 5, e cap. 4. § 5.

qualunque natura rientrava senza dubbio nel concetto generale di *difesa*, come risulta dalla definizione che Servio, uno dei più antichi giureconsulti, dette della *tutela* e dal comento che vi fece Paolo (1). All'adempimento di questo dovere era principalmente tenuta la *famiglia*: la *Gens* vi era tenuta soltanto in mancanza di essa (2).

Ma nella *famiglia* gl'*incapaci* si potevano trovare in due diverse condizioni, come *subordinati* e come *coordinati* (3). La *tutela* o *curatela* però non era possibile, per le cose dette (4), se non nella seconda ipotesi e quando la potestà del comun *paterfamilias* era cessata per *morte*; perchè, qualora accadeva per *emancipazione* o per altre cause, estinguendosi i rapporti di famiglia (5) venivano a cessare anche i diritti ed i doveri fondati sugli stessi. Vero è che la *tutela* dell'*emancipato impubere* apparteneva al *padre emancipante*, e dopo la sua morte ai *figli*, ma per altra ragione, come vedremo. Quando dunque gl'incapaci appartenevano alla *famiglia* come *coordinati*, i membri della stessa erano nel dovere di assumerne la *tutela*. Tuttavia dove si trattava in ispecie d'*impuberi* o di *donne*, il *paterfamilias* poteva col testamento col quale disponeva della successsione, disporre anche della *tutela* (6). In questo senso nell'*antico Diritto* la cura degl'*incapaci* costituiva un dovere (*onus*) (7).

Lo stesso accadeva qualora nella *famiglia* tutti fossero stati *incapaci*. Allora la loro *cura* passava alla *Gens*,

(1) Ved. il testo a pag. 365 e seg. e Jhering, § 37. pag. 193. vol. 2.
(2) Ved. i testi al § 6.
(3) Ved. § 14. e seg. cap. 2.
(4) Ved. pag. 343.
(5) Ved. § 21. cap. 2.
(6) Ved. i testi al § 5.
(7) Ved. i testi seg.

salvo se il *paterfamilias*, anche in questa ipotesi, non avesse disposto di essa col testamento.

Ma mutato il valore giuridico della *famiglia* e cessate le *Gentes*, l'obbligo di provvedere alla difesa degl' *incapaci* passò allo STATO, il quale ne fece una *pubblica funzione* della natura di quelle che si appellavano *munera personalia*:

> . . . . . *Tutelam* et *curam* placuit *publicum munus* esse (Institut. lib. 1. tit. 25).
>
> Aeque *personale munus* est *tutela*, *cura adulti*, *furiosive*, idem *prodigi*, *muti* . . . . (L. 1. §. 4. D. lib. 50. tit. 4. de muner. et honor.)
>
> *Munerum civilium* triplex divisio est: nam quaedam *munera personalia* sunt, quaedam *patrimoniorum* dicuntur, alia *mixta* : *personalia* sunt quae animi provisione et corporalis laboris intentione sine aliquo gerentis detrimento perpetrantur: veluti *tutela* vel *cura*. (L. 18. ivi).

Perciò l' ufficio di *tutore* e di *curatore* apparteneva agli *ufficii civili* e non a'*politici* o *amministrativi* :

> *Tutela* non est *reipublicae munus*, nec quod ad impensam pertinet, sed *civile* : nec *provinciale* videtur *tutelam* administrare (L. 6. § 15. lib. 27. tit. 1. de excusat.).

Non ostante la nuova forma ed il nuovo valore assunto dalla *tutela* e dalla *curatela*, nè il *paterfamilias* fu spogliato del diritto che aveva un tempo di nominare un tutore ai *filiifamilias* col suo testamento, nè i membri della famiglia vennero esonerati dall' obbligo di assumere la cura degl'*incapaci*. Lo STATO vi provvedeva soltanto in mancanza di chi l' avesse esercitato coll' una o coll' altra qualità. Ma tanto quegli che l' esercitava per *elezione* del *paterfamilias*, quanto quegli che l' assumeva come membro della *famiglia*, in que-

sto nuovo periodo si reputavano sempre di adempire ad una *pubblica funzione.*

A che fine dunque la *tutela* venne assimilata all'*hereditas* ? Sembra che ciò sia stato fatto non per giustificarne il fondamento, ma per regolarne l' esercizio (1); il che sembra giustificato dal seguente luogo di GAJO:

. . . Sciendum est, nullam tutelam *hereditario jure* ad alium transire (L. 16. § 1. D. lib. 26. tit. 1. de tutelis).

Dal falso concetto della *tutela* nacque l'opinione seguita specialmente dai moderni (2), che essa fosse un'*istituto giuridico* appartenente al *Diritto* di *famiglia* ; ma rettamente intesa appare un istituto che fa parte del *Diritto dello Stato*, e concerne l' individuo non come membro della *famiglia,* ma come *cittadino.*

Taluni tra gli scrittori antichi e tra i moderni (3) hanno pur opinato che la *tutela* in ispecie fosse una prolazione (*imago-productio* (4)) della *patria potestas.* Questa opinione si può conciliare col concetto della *tutela* secondo l' *antico Diritto,* cioè quando si ammetta che per *patria potestà* si debba intendere il potere che aveva la *famiglia* sopra i suoi membri, e del quale il capo di essa non aveva che il semplice *esercizio* (5). Ma se la *patria potestas* si prende per un *potere individuale* del *paterfamilias* , giusta l' opinione comune, allora non si sa come possa la *tutela* assimilarsi alla *patria*

(1) Ved. GAJO, Com. 1. § 164.

(2) Ved. di Savigny § 58. e gli altri della sua scuola. In contr. ARNDTS, § 441.

(3) Ved. GRAVINA de Orig. jur. lib. 3. A. FABRO; MÜHLENBRUCH, §. 577. ACCARIAS, 122.

(4) Ved. VINNIO, Part. lib. 1. cap. 8. in n. DONELLO, lib. 3. cap. 1. n. 8.

(5) Ved. § 15. cap. 2. Sez. 3.

potestas, dalla quale differisce sotto il punto di vista del valore giuridico, della durata e dello scopo. Del rimanente quantunque la prefata opinione si possa conciliare col modo onde l'*antico Diritto* considerava que'due *istituti giuridici* della *tutela* e della *patria potestas*, ripugnerebbe sempre col concetto del *Diritto nuovo*.

Aggiungasi che si potea dar luogo a *tutela* anche in persona di chi mai non era stato soggetto a *patria potestà*, come avveniva dei *figli naturali* (1).

Attesa l'identità della *tutela* e della *curatela* quanto allo scopo, queste due istituzioni avevano perciò delle regole comuni e delle regole particolari.

. . . . In paucissimis distant *curatores* a *tutoribus* (pr. L. 13. D. lib. 27. tit. 1. de excus.).

§ 4.

Regole comuni — a) *Cause per le quali non si poteva essere ammesso ad esercitare nè la* TUTELA *nè la* CURATELA.

Per esercitare la *tutela* e la *curatela* era necessaria la *capacità civile* sotto il doppio punto di vista di *capacità di dritto* e *capacità di agire*. La *capacità politica* non era egualmente necessaria, perchè, come si è veduto, la *tutela* e la *curatela* non erano *funzioni pubbliche* in un senso proprio (2). Quindi non erano ammesse ad esercitarle le seguenti persone:

1.°) Sotto il rapporto della *capacità di dritto*:

a) I *servi* e gli *stranieri* di origine, non esclusi una volta i *Latini*.

In *servili conditione* constitutum *tutorem* vel *curato-*

(1) Ved. Donello, ivi, n. 11.
(2) Ved. pag. 350.

rem **a Praeside dari non posse, nullam habet juris dubitationem (L. 7, Cod. lib. 5, tit. 34, qui dari tut. vel curat. poss. et qui dari non poss.)**

. . *Latinus* . . *tutor* dari non potest: id enim *lex Junia prohibet* (Ulp. Reg. tit. XI, § 16. Gajo, Comm. 1. § 23).

b) Tutti coloro che erano incorsi nella *maxima* o *media capitis diminutio*, poichè divenivano o *servi* o *stranieri*. E se essa accadeva dopo di essere stato taluno ammesso all' *esercizio* della *tutela* o della *curatela*, l' esercizio veniva a cessare:

. . . Tutela *capitis deminutione* amittitur (ivi § 9.)

2.°) Sotto il rapporto della *capacità di agire*:

I *minori*, i *furiosi*, i *dementi* ed i *prodighi*. Se non che l' incapacità di questa seconda classe di persone era temporanea:

. . *minor* vigintiquinque annis tutor . . datus, tutor tunc erit, cum . . major vigintiquinque annis factus fuerit (Inst. lib. 1 tit. 14 § 2.)

. . . . *Minores* vigintiquinque annis, olim quidem excusabantur; nostra autem Constitutione *prohibentur* ad *tutelam* vel *curam* adspirare, adeo ut nec excusatione opus sit. Qua constitutione cavetur, ut nec *pupillus* ad legitimam tutelam vocetur, nec *adultus*: quum sit incivile, eos qui *alieno auxilio* in rebus suis administrandis *egere noscuntur*, et ab aliis *reguntur*, aliorum *tutelam* vel *curam subire*. (Inst. lib. 1 tit. 25 § 13. L. 5 Cod. lib. 5 tit. 30 de leg. tut.)

***Furiosus* . . *tutor* . . datus, tutor tunc erit, cum *compos mentis* . . . fuerit factus (Inst. lib. 1 tit. 14, § 2.)**

Complura senatusconsulta facta sunt, ut in locum *furiosi* . . . alii *tutores* dentur (L. 17, D. lib. 26. tit. 1. de tit.)

In tesi generale adunque, tutti coloro che non rientravano nella classe degl' *incapaci* sotto l' uno e l'al-

tro rapporto, potevano essere egualmente *tutori* e *curatori*. Nondimeno ad onta della *capacità di dritto* e della *capacità di agire*, alcuni non erano ammessi nè alla *tutela* nè alla *curatela* per altre ragioni. Or costoro si possono classificare nel seguente modo:

1.°) In generale le *donne* per la sola natura del *sesso*, salvo le madri, le quali tuttavia doveano impetrare la tutela de' loro figli dall' imperatore:

Foeminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent (L. 18. D. ivi).

Tutelam administrare *virile munus* est, et ultra sexum foemineae infirmitatis tale officium est. (L. 1, Cod. lib. 5, tit. 35, quando mul. tut. off. fungi poss.)

Giustiniano estese l'eccezione alle *ave*.

. . . *Mulieribus* . . nos interdicimus tutelae subire officium, nisi *mater* aut *avia* fuerit. (Nov. 118 cap. 5.)

Le *donne* tuttavia non vi potevano essere ammesse che sotto due condizioni: 1.°) di non passare a seconde nozze: 2.°) di rinunziare al *Senatoconsulto Vellejano*.

His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et *nuptiis aliis* et auxilio *Vellejani Senatusconsulti* renuntiant (ivi) (1).

2.°) Alcuni erano esclusi per l'*incompatibilità* di quello uffizio colla loro *condizione*. Tali erano: a) i *militari*: b) i *Vescovi, i chierici*, ed i *monaci chierici* o no.

... et in *milite* observandum est, ut nec *volens*, ad tutelae onus admittatur (Inst. lib. 1 tit. 25, § 14).

Militiae armatae muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, nec a-

(1) Questo Senatoconsulto, come vedremo a suo tempo, ebbe per oggetto di esimere le donne dalla facilità di obbligarsi per altri. « Vellejano senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo foeminae intercederent. » (Pr. L. 1 D. lib. 16 tit. 4 de Senatuscons. Vell.)

lio modo, *etsi voluerit, tutor vel curator* fieri potest: sed si errore ductus res administraverit, negotiorum gestorum actione convenitur. (L. 4 Cod. lib. 5 tit. 34 qui dare tut. vel curat. poss.)

Generaliter sancimus, omnes viros reverendissimos *Episcopos*, nec non *presbyteros, diaconos* et *subdiaconos* et praecipue *monachos*, licet non sint *clerici*, immunitatem ipso jure omnes habere tutelae sive testamentariae, sive legitimae, sive dativae; et non solum tutelae eos esse expertes, sed etiam *curae*, non solum *pupillorum* et *adultorum*, sed et *furiosi*, et *muti*, et *surdi*, et *aliarum personarum*, quibus *tutores* vel *curatores* a veteribus legibus dantur (L. 52, Cod, lib. 1, tit. 3, de Episcop. et cleric. ec.)

Giustiniano permise tuttavia ai *preti*, ai *diaconi* e *suddiaconi* di esercitare la tutela legittima qualora ne facessero espressa istanza in iscritto (Nov. 123. cap. 5.)

3.°) Altri per *vizio di corpo*. Tali erano i *muti* ed i *sordi:*

Complura Senatusconsulta facta sunt, ut in locum.... *muti* et *surdi* tutoris, alii tutores dentur. (L. 17, D. lib. 26, tit. 1, de tut.) (1).

4.°) Coloro che professavano una *religione* proibita, come i *giudei*, i quali erano esclusi dalle *pubbliche funzioni* in generale (2).

Hac valitura in omne aevum lege sancimus, neminem *Iudaeorum*, quibus *omnes administrationes et dignitates interdictae sunt*, nec defensoris civitatis fungi saltem officio, nec patriae honorem arripere concedimus . . . . . (L. 19, Cod. lib. 1, tit. 9 de jud. et coelic.)

5.°) Coloro che erano stati dichiarati dal padre del-

(1) Ved. la Sez. 4. § 1. di questo capo.

(2) Ved. pag. 140.

l' *incapace* indegni della *tutela* dei proprii figliuoli:

Sed et si quis a *parentibus prohibitus* fuerit tutor esse, hunc neque creari oportet: et si creatus sit, nec recusaverit, prohiberi eum esse *tutorem*, manente *epitymia* (1) (L. 21, § 2, D. lib. 26, tit. 5 de tut. et curat. datis ec.)

6.°) Coloro che erano stati nemici *capitali* del padre della persona soggetta a *tutela* o *curatela*, senza esservi stata riconciliazione, o direttamente della stessa (2):

Inimicitiae quas quis cum *patre pupillorum* vel adultorum exercuit, si *capitales* fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a *tutela* vel *cura* solent excusare. (Inst. lib. 1 tit. 25 § 11.)

7.°) Coloro che brigavano la *tutela* per mezzo di *danaro*.

Semper autem maxime hoc observent Magistratus, ne creent *eos qui seipsos volunt ingerere* ut creentur, quique *pecuniam dant*: hos enim et poenae obnoxios esse promulgatum est. (L. 21, § 6, D. lib. 26, tit. 5 ivi.)

8.°) In fine si poteva in generale esser rejetto dalla *tutela* o *curatela* per altre cagioni secondo la prudenza del Pretore:

Si tutor *inimicus* pupillo vel parentibus ejus sit, et *generaliter*, si qua *justa causa* Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, rejicere eum debebit. (L. 3. § 12 D. lib. 26. tit. 10. de suspec. tut.)

(1) Questo vocabolo ha dato luogo a parecchie interpetrazioni a cominciare da Accursio (Ved. Gotofredo, nota a questa legge, e Brissonio, voce *epitymia*). Sembra tuttavia che la sola accettabile sia quella dell' Accursio, che tradusse la locuzione *manente epitymia* per *salva existimatione*.

(2) Ved. il testo seguente n. 8.

§ 5.

Continuazione—b) *Dovere di assumere la* TUTELA *e la* CURATELA, *ed eccezioni a questo principio.*

Quando le persone chiamate ad esercitar la *tutela* o la *curatela* non erano *incapaci*, nê si trovavano in uno dei casi in cui ad onta della *capacità* non erano tuttavia ammessi ad esercitarle , aveano il *dovere* di assumere si l'una che l'altra, attesochè sebbene fossero considerate come *uffizii pubblici civili*, andavano tuttavia regolate nella stessa maniera degli *ufficii pubblici* in senso stretto; e se nol facevano, vi potevano esser costretti.

> Si quis *magistratus* in municipio creatus, *munere injuncto fungi detrectet*, per Praesides *munus* adgnoscere cogendus est, remediis, quibus *tutores* quoque solent *cogi* ad *munus*, quod injunctum est, agnoscendum (L. 9 D. lib. 50 tit. 4, de muner. et hon.)

A questo proposito le leggi aveano autorizzato un procedimento straordinario nel fine di provvedere prontamente agl' interessi degli *incapaci*:

> *Gerere* atque *administrare tutelam extra ordinem tutor* cogi solet. (L. 1, D. lib. 26, tit. 7, de adm. et peric. tut.)

Ma in che consisteva la coazione? Si compulsava la persona designata ad assumere la tutela in un tempo determinato, e non facendolo si destituiva come *sospetto tutore*, e si condannava ai danni interessi, nominando tutore un terzo.

> . . Si . . *tutor* datus *non compareat*, solet Edictis evocari; novissimeque, si *copiam sui non fecerit*, ut *suspectus removeri*, ob hoc ipsum quod copiam sui non fecit. Quod et perraro et diligenti habita inquisi-

tione faciendum est. (L. 7, § 3, D. lib. 26, tit. 10, de susp. tut. et curat.)

Praeses provinciae, *tutores* filiorum tuorum, strictioribus remediis adhibitis, omnimodo administrationis *officium compellet agnoscere.* Quod si in eadem *contumacia perseveraverint*, *suspectos* postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis. (L. 3, Cod. lib. 5, tit. 43, de susp. tut. et curat.)

Perchè tuttavia i tutori ed i curatori potessero incorrere in queste pene, era necessario che non fossero stati illegalmente nominati (*non juste dati*). Or poteva questo accadere quando erano stati nominati o da chi non ne avea il potere, o coloro che non potevano esserlo, o per coloro che non vi erano soggetti, o nel modo che non si potea. Ed in tutti questi casi non si avea neanche l'obbligo di giustificare a tempo il rifiuto per esimersi da ogni pena.

Qui *non juste dati* sunt *tutores* (hoc est a quibus non oportet, aut quos non oportet, aut quibus non oportet, aut quo non oportet modo), si neque confirmentur, neque administraverint, *sunt immunes*: neque opponet quis eis, quod constituta tempora excusationis non observaverint: neque enim *habent excusationis necessitatem*, ut ostenditur in subjectis Constitutionibus, quas exempli gratia subjeci: adaptantur autem utique omnibus. Divi Severus et Antoninus Augusti Narciso: Ab avo materno tutor datus necesse non habuisti exonerari, cum *ipso jure non teneris:* si igitur administrationi te non miscuisti, potes esse securus. Similiter autem et si eum qui non *suppositus est jurisdictioni*, creabunt Magistratus *tutorem* vel *curatorem*, neque hic necessitatem habet observare constituta tempora, utputa, quia neque *civis* neque *incola* est. (L. 13, § 12, D. lib. 27, tit. 1 de excusat.)

Ma anche quando erano stati validamente nomi-

nati, non perciò erano sempre costretti ad esercitare la *tutela* o *curatela*. Nel Diritto anteriore a GIUSTINIANO si avea la facoltà di rifiutarle in due casi: 1.°) Quando si poteva indicare una persona che avesse avuto un obbligo più stretto di assumere la *tutela* o la *cura* (*potiorem nominare*). 2.°) Quando si avea un ragionevole *motivo personale*. Or gl'interpetri antichi non facevano menzione che del solo secondo caso. Rispetto al primo, non conoscevano che un luogo delle Sentenze di PAOLO, nel quale si faceva menzione della regola *potiorem nominare*; ma non si parlava nè di *tutela*, nè di *curatela*:

> Non recte *potiorem* videtur nominare qui *causam nominati potioris* non expresserit. *Potior qui esse debet, non solum gradu generis, sed et substantia rei familiaris*. (Pauli Sent. lib. 2, tit. 28).

Perciò si credeva che fosse proprio delle pubbliche cariche (1), alle quali quella regola si trovava applicata, come risultava apertamente dalle fonti:

> Si ipse vocatus ad *munera civilia potiorem alium nominandum* putaveris, age causam tuam. (L. un. Cod. lib. 10. tit. 65. si pot. ad mun. nom.) (2).

Ma scoperti i frammenti che vanno sotto il nome di *Fragm. Vaticana*, si seppe che quella regola riguardava anche la *tutela*, e per *analogia* la *curatela* (3).

Tuttavia quel caso non trovandosi riprodotto nel Diritto giustinianeo, si è creduto anche oggi che non facesse parte dello stesso (4).

Ma sembra che anche nel silenzio delle leggi, si deb-

(1) Ved. BRISSONIO, v. *Potior*.

(2) Ved. MAKELDEY, n. al § 619.

(3) Ved. il tit. seg.

(4) MAKELDEY, § 619. MAYNZ, § 413. FRESQUET, vol. 1. pag. 175.

ba estendere alla *tutela* ed alla *curatela*, sia pel principio che le leggi *posteriori* comprendono le *anteriori*, quando non le abbiano espressamente *abrogate*, nè sono con esse *contrarie*; e sia per la stretta *analogia* fra le *cariche pubbliche* la *tutela* e la *curatela*, anche secondo il Diritto Giustinianeo (1).

Ma chi era considerato *potior*, cioè tenuto in prima linea? La determinazione del *potior* era rimessa alla prudenza de' magistrati i quali doveano giudicare del reclamo del *tutore* o *curatore*. Tuttavia l' imperatore SETTIMIO SEVERO sembra che per istabilirne i criteri avesse provocato un Senatoconsulto di cui fanno menzione i Frammenti Vaticani:

> **. . Tunc demum excusandus est qui *prius datus fuerat*, si is quem nominaverit, et *potior necessitudine et idoneus re fideque*, vel absens reprehendatur.**
>
> **. . Pars orationis imperatoris SEVERI. Promiscua facultas *potioris nominandi* nisi intra certos fines cohibeatur, ipso tractu temporis *pupillos* fortunis suis privabit: cui rei obviam ibitur, Patres conscripti, si censueritis, ut *collegae patris* avive pupilli in *decuria* vel *corpore*, item cognati vel affines utriusque necessitudinis, qui lege Julia et Papia excepti sunt, *potiorem non nominent*; caeteri cognati vel adfines amicive atque municipes eos tantummodo nominent, quos supra complexus sum: *vicinitatis* autem jure nemo *potior* existimetur. (§ 157-158).**

Or questi motivi sono nelle fonti appellati *scuse* (*excusationes*). Le *scuse* furono determinate parte nel Diritto del *Digesto* e parte nel Diritto del *Codice*. Il loro numero è esteso; il che non permette di parlar di tutte. Diremo solo delle più importanti. Potevano

(1) Ved. il testo a pag. 356.

dunque esimersi dall'accettare una tutela o curatela:

a) Coloro che erano affetti da tale malattia (*adversa valitudine*) da non poter attendere ai proprii affari:

Adversa valetudo excusat, sed ea quae impedimento est quominus quis suis rebus superesse possit, ut Imperator Noster cum Patre rescripsit. (L. 10 § 8 infine D. lib. 27, tit. 1, de excusat. Inst. lib. 1. tit. 15. § 7.)

Tali erano i ciechi, i muti ed altri simili:

Luminibus captus, aut *surdus*, aut *mutus*, aut *furiosus*, aut *perpetua valetudine* tentus, tutelae seu curae *excusationem* habet. (L. 1, Cod. lib. 5, tit. 67, qui morbo se excus.)

b) I *villani* (*rustici*), i *plebei* (*humiles*), e coloro che non erano abbastanza istruiti (*illiterati*):

De *rusticis* autem et *humilibus* et *illiteratis* scribit Paulus ita: *Mediocritas* et *rusticitas* interdum excusationem praebent, secundum epistolas Divorum Hadriani et Antonini. Ejus qui se neget *literas scire*, excusatio accipi non debet, si modo non sit *expers negotiorum* (L. 6, § 19. D. lib. 27, tit. 1 de excusat.)

Similiter eos qui *literas nesciunt* esse excusandos, Pius rescripsit: quamvis et *imperiti literarum* possint ad administrationem negotiorum sufficere. (Inst. lib. 1 tit. 25, § 8) (1).

c) Coloro che avevano compiuta l'età di *settant'anni*:

Excusantur a *tutela* et *curatoria* qui *septuaginta annos* compleverunt (L. 2 pr. D. lib. 27, tit. 1 de excus. Inst. ivi, § 13.)

Pater tuus si major est annis *septuaginta*, ad tute-

(1) Questo luogo delle Istituzioni sembra in contraddizione con quello del Dig. Gl' interpreti si sono stillato il cervello per conciliarli. (Ved. VINNIO, Com. a questo luogo). Pare che a tutte le opinioni si debba preferire quella del Vinnio, che restringe il testo delle Istituzioni al caso in cui il saper di lettere sia richiesto dalla natura della tutela. Ma che cosa significano le locuzioni *scire* vel *nescire literas*? Significano sapere o no leggere e scrivere. (Ved. anche per questo VINNIO, ivi).

lam seu curam evocatus , excusare se solemniter potest. (L. 1, Cod. lib. 5, tit. 68 qui aet. se excus.)

d) Coloro che aveano un numero tale di figliuoli o di *nipoti* ex *filio* da non permettere di potersi occupare de' figliuoli altrui. Il numero variava secondo che fossero domiciliati in *Roma*, in *Italia*, o in *Provincia*. In Roma bastavano *tre* , in Italia *quattro* , in Provincia *cinque*. Nel numero de' figli andavano compresi coloro che erano stati *uccisi in battaglia* (*in acie amissi*) , ed i *nipoti* ex *filio* rimasti orfani di padre: però tutti i nipoti del medesimo padre non erano contati che per un solo figlio :

Qui ad tutelam vel curam vocantur , *Romae* quidem *trium* liberorum incolumium numero, de quorum etiam statu non ambigitur ; in *Italia* vero *quatuor*, in *provinciis* autem *quinque*, habent excusationem. (L. 1, Cod. lib. 5, tit. 66, qui num. lib.)

***Bello amissi* ad tutelae excusationem prosunt. Quaesitum est autem , qui sunt isti : utrum hi qui in *acie* sunt interemti, an vero *omnes* omnino qui per *causam belli* parentibus sunt abrepti in obsidione forte? Melius igitur probabitur eos *solos* qui in *acie* amittuntur prodesse debere, cujuscumque sexus vel aetatis sint: hi *enim pro Republica ceciderunt*. (L. 18, D. lib. 27, tit. 1. de excusat.)**

Non solum autem filii remissionem tutelae tribuunt, et filiae, sed etiam *nepotes ex filiis masculis nati, masculi* et *feminae*. Auxiliantur autem tum quando *patre* eorum *mortuo* illius locum supplent avo. Quotcumque autem nepotes fuerint ex uno filio, pro *uno filio* numerantur. (L. 2, § 7 ivi. Inst. ivi, pr.).

Non si calcolavano gli *adottivi*, poichè essi erano presi in considerazione in favore dei padri *naturali*.

. . . Sed *adoptivi* liberi non prosunt: in adoptionem au-

tem dati, ***naturali patri*** prosunt. (Inst. lib. 1, tit. 25 pr.)

e) Coloro che aveano *tre* altre *tutele* o *cure*, sia separate sia unite.

Amplius autem et qui habet *tres tutelas*, aut *tres curatorias*, aut commixtim tres *curatorias* et *tres tutelas* (L. 2, § 9, D. lib. 27, tit. 1, de excusat. Inst. ivi, § 5.)

f) I *grammatici*, i *retori*, i *medici*, i *filosofi*, ma con questa distinzione: De' *grammatici, retori e medici* non potevano essere ammessi a scusarsi, se non quelli che erano indicati dai rispettivi Senati, ed il numero variava secondo i paesi; la qual restrizione era motivata dal numero immenso degli stessi. I *filosofi* al contrario erano tutti ammessi ad escusarsi, poichè il lor numero era sempre *ristretto*.

Grammatici, Sophistae, Rhetores, Medici, **qui περιοδευται idest *circulatores* vocantur, quemadmodum a reliquis muneribus, ita et a *tutela* et a *cura* requiem habent. Est autem et *numerus* Rhetorum in *unaquaque civitate* qui vacationem munerum habent, et haereses (1) quaedam propositae lege: quod manifestum est ex Epistola Antonini Pii, quae descripta quidem est communitati Asiae, universo autem orbi conveniens est: cujus capitulum hic subjectum est. *Minores* quidem *civitates* possunt *quinque medicos* immunes habere, et *tres Sophistas, Grammaticos totidem*; *majores* autem *civitates septem* qui curent, *quatuor* qui *doceant* utramque doctrinam; *maximae* autem *civitates decem Medicos, et Rhetores quinque, et Grammaticos totidem*. Supra hunc autem numerum ne maxima quidem civitas immunitatem praestat. Decet autem maximo quidem numero uti Metropoles gentium: *secundo* autem, quae habent vel forum causarum vel loca judiciorum: *tertio* autem reliquas. (L. 6, § 1 e 2 tit. 1, ivi. Inst. ivi, § 15.)**

(1) Id est *conditiones* (Ved. Gotofredo, note alla detta L.)

Et *Philosophos* quidem liberari a *tutelis* Paulus scribit ita: Philosophi, Oratores, Grammatici, qui *publice juventutibus* prosunt, excusantur a *tutelis*: nam et Ulpianus lib. 4 de officio Proconsulis ita scribit. De *Philosophis* autem eadem Constitutio D. Pii ita dicit: *Philosophorum* autem non costitutus est numerus, quia *rari sunt qui philosophantur*. (Ivi, § 5 e 7.)

g) I *veterani*, tranne se si trattasse de' figli di altri veterani (*conveterani*).

. . . . Veterani quoque post emerita stipendia missi si honesta missione, in perpetuum a tutelis vacant. (Fragm. Vat. § 140, L. 2, Cod. lib. 5, tit. 65, de excus. veter.)

h) I membri del *Consilium Principis.*

Jurisperitos qui tutelam gerere coeperunt, in Consilium Principum adsumptos, Optimi Maximique Principes nostri constituerunt excusandos: quoniam circa latus eorum agerent, et honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet. (L. 30, D. lib. 27, tit. 1, de excusat.)

i) Gli amministratori delle cose fiscali, e coloro che sono assenti per compiere qualche missione dello Stato:

Administrantes rem principum ex indulgentia eorum licet citra codicillos, a tutela itemque cura, tempore administrationis delata, excusantur.

Idemque custoditur in his qui Praefecturam annonae vel Vigilum gerunt.

Eorum, qui reipublicae causa absunt, comites, qui sunt intra statutum numerum, de tutela, quae absentibus, vel profecturis delata est, excusantur: nam susceptam antea non deponunt (L. 41. D. ivi. Institut. ivi § 1 e 2).

Queste ed altre scuse si potevano far valere, ma bisognava farlo sotto pena dei danni interessi nel termine di *cinquanta* giorni a contare da quello in

cui il *tutore* o *curatore* avea avuto notizia della delazione della *tutela* o *curatela*, mediante la notifica che gliene dovea fare il Preside, in *persona* o a *domicilio* (*in faciem vel ad domum*). Salvo se non abitasse al di là di cento miglia dal luogo dove le scuse si doveano far valere, perchè in questo caso il termine era di *trenta* giorni, aumentato però di un giorno per ogni *venti* miglia, in modo da non essere mai inferiore a giorni *cinquanta*; e salvi pure i casi di malattia comprovata, o altre necessità (*necessitates*).

Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a Divo Marco constitutum est: ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset. (L. 1, § 1, D. lib. 26. tit. 7, de adm. et per. tut.)

Sunt autem constituta tempora haec: Qui enim in ipsa civitate est ubi creatur, vel intra *centesimum* lapidem a civitate, intra *quinquaginta* dies excusabitur; postea autem non admittetur, sed tenebitur ad solicitudinem: et si horum quid non fecerit, erit in eadem causa, in qua esset si apparuisset proprio periculo ipsum negligere, neque ulla ei via relicta erit ad excusationem. Qui autem supra *centum* milliaria a civitate abest, *viginti milliaria* habebit numerata in unamquamque diem a quo cognoverit (oportet autem ei manifestari a Praesidibus vel *in faciem* vel *ad domum*), et extra hos alios *triginta* dies habebit ad excusationem. Hoc autem convenit et iis qui testamento dati sunt, sive tutores fuerint, sive curatores, quos confirmari a magistratibus consuetum est. . . . Ita oportere hoc observari, ut nunquam alicui minus detur quinquaginta dierum spatio. (L. 13, § 1 e 2, D. lib. 27, tit. 1, de excusat. Inst. lib. 1. tit. 25. § 16 L. 3. D. lib. 50, tit. 16. de verb. sign.)

Si enim quis propter *aegritudinem* vel aliam *necessitatem* (puta maris, vel hyemis, vel incursus latronum aut aliam quam similem) constituto tempore non poterit venire, ignoscendum ei est, cuius fidem tametsi sufficit firmare ex ipsa naturali justitia, tamen et Constitutio Imperatorum Veri et Antonini haec dicit. (§ 7 ivi).

Dalle cose dette risulta, consistere le scuse in certi fatti dichiarati capaci di *esimere* dalla *tutela* o *curatela*, in *favore* delle persone chiamate a tali uffici. Laonde tutte le *scuse* sono *volontarie*, e quindi si può rinunziare al dritto di farle valere.

Sezione 4.

DELLA TUTELA IN ISPECIE.

§ 1.

Generalità.

Un tempo, come si è veduto (1), la tutela si applicava a due classi di persone, cioè: a) alle donne, b) ed agl'impuberi dell'uno e dell'altro sesso:

Tutores constituuntur tam masculis quam *feminis*: sed *masculis* quidem *impuberibus* dumtaxat, propter aetatis infirmitatem: *feminis* autem tam *impuberibus* quam *puberibus*, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam (Ulp. Reg. tit. XI, § 1).

Coloro che l'esercitavano nell' uno e nell'altro caso si chiamavano *tutores*, *tuitores* o *defensores:*

Tutores .... quasi *tuitores atque defensores* (L. 1. § 1. D. lib. 26. tit. 1. de tutel.) (2).

(1) Ved. pag. 334.
(2) Ved. il testo seg.

Ma nel Diritto nuovo la *tutela* restò applicabile ai soli *impuberi* di entrambi i sessi (1).

La doppia tutela però esisteva senza dubbio, come vedremo, ai tempi di SERVIO SULPICIO, giureconsulto che vivea nel principio del settimo secolo dalla fondazione di Roma (609). Tuttavia PAOLO gli attribuisce una definizione della *tutela*, che non si può applicare alle *donne*, se non considerate come *impuberi*:

> **Tutela est (ut Servius definit) *vis* ac *potestas* in capite libero, ad *tuendum* eum qui *propter aetatem* suam sponte se *defendere* nequit, jure civili *data* ac *permissa*. (L. 1. pr. D. lib. 26. tit. 1. de tutel.)**

Ed è in questo senso che fu poi letteralmente riprodotta nelle Istituzioni di Giustiniano (2).

Come dunque si concilia la definizione che si attribuisce a SERVIO col Diritto esistente ai tempi suoi? Alcuni interpetri opinarono che nella definizione *originale* vi dovevano essere delle parole, le quali la rendevano comune anche alla *tutela foeminarum*, e che fossero state soppresse da TRIBONIANO per accomodarla alla sola *tutela impuberum* conservata nel *Diritto nuovo* (3). Altri al contrario ritenevano che quella definizione fosse così nata nella mente del suo autore e così stata espressa, come si trova nelle fonti di questo *Diritto* (4).

Di queste due opinioni l'ultima sembra essere la più vera, poichè la *tutela impuberum* è stata sempre riguardata come la *tutela* per eccellenza, imperocchè essa

(1) Ved. le fonti citate in appresso.

(2) Ved. lib. 1. tit. 13. § 1.

(3) Ved. OTTONE, Comm. in Instit. lib. 1. tit. 13. § 1. EINN. n. al Comm. di VINNIO l. c. e Dissert. de tut. foem.

(4) OTTONE, Comm allo stesso luogo nelle Inst. e Dissert. de tut. fem.

sola si trova di una necessità *assoluta* nel *tempo* e nello *spazio razionalmente* e *storicamente:* quella delle *donne* dunque fu introdotta a similitudine della *tutela impuberum* (1), dalla quale perciò differiva per gli elementi principali, come vedremo. (2)

Or la *tutela impuberum*, essendo la *tutela* per *eccellenza*, perciò rappresentava il *concetto tipico* della tutela in generale, al quale la *tutela feminarum* si adequava o no secondo che la simiglianza era più o meno perfetta.

§ 2.

Della tutela impuberum *in ispecie.* *Concetto della tutela* impuberum

L'*incapacità* dell'impubere derivava, secondo la dottrina romana (3), dalla mancanza delle *facoltà* necessarie per *l'esercizio* de'*diritti*. La *tutela* dunque dovea avere a scopo l'*integrazione* della persona del *pupillo* (*integrat quodammodo personam pupilli*) (4), vale a dire il *rifarla artifizialmente* quale dovrebbe essere per natura. Laonde il *tutore* per conseguire codesta *integrazione*, dovea applicare le *facoltà* dell'animo suo ai

(1) Così nei Cod. moderni i furiosi sono soggetti a *tutela* a similitudine de'*minori*.

(2) Ved. la detta Dissert. di Ottone, ed Ulrico Ubero (Digr. jur lib. 3. cap 2) il quale opina che ai tempi di Servio la suggezione perpetua della donna non si appellava *tutela*.

(3) Ved. cap. 1. § 4. n. 3.

(4) Vinnio, (Com. Inst. lib. 1. tit. 21. § 2.) Ottone, Com. inst. lib. 1. tit. 22. § 2. È degno di essere osservato, che gl' interpetri antichi reputavano la tutela una specie di limitazione della libertà (*detractio libertati*). Donello, lib. 3. cap. 12. n. 3. Vinnio che nelle Istituzioni la considera una *integrazione*, nelle *Partitiones* partecipa al concetto di Donello.

negozii giuridici ne' quali il *pupillo* era interessato, per supplire al difetto delle facoltà dello stesso.

Pupillus *nec velle*, nec *nolle* in ea aetate, *nisi adposita tutoris auctoritate*, creditur: nam quod *animi judicio* sit, in eo tutoris *auctoritas* necessaria est (L. 189. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

Il modo più semplice di esercitare codesto *magistero* sarebbe stata la *rappresentanza* (1); ma come si è veduto (2), scorse molto tempo in cui non si soleva permetterla neppure nel rapporto degl' *incapaci*. Fu dunque necessità di provvedere agl'interessi de'pupilli in altra maniera.

Da prima si permise al tutore di *agire* in nome proprio (*suscipere negotia pupilli*), sostituendo *la sua persona* a quella del pupillo. Il quale al termine della tutela entrava nel luogo del *tutore attivamente* e *passivamente* per tutto ciò che aveva egli operato nel *suo interesse*; il che avveniva, nell'*antico* Diritto, per virtù di *cessione* che gliene faceva il tutore (3); e nel *nuovo* per forza di legge. Così quando il *tutore* otteneva condanna contro i terzi, o era condannato verso di loro, il *giudicato* si eseguiva in *pro* o *contro* del *pupillo*.

Si *tutor condemnavit*, sive *ipse condemnatus est*, *pupillo* et *in pupillum* potius *actio judicati datur*: et maxime si non se liti obtulit, sed cum non posset vel propter *absentiam pupilli*, vel *propter infantiam*, *auctor* ei esse ad accipiendum judicium. Et hoc etiam D. Pius rescripsit. Et exinde multis rescriptis declaratum est, in *pupillum dandam actionem judicati semper*, *tutore condemnato*. (L. 2. D. lib. 26. tit. 7. de administr. et peric. tut. ec.)

(1) Ved. pag. 327.
(2) Ved. 337.
(3) Ved. pag. 326 e seg. MUHLENBRUCH, § 130 e 592.

Ma di poi, avendo questo sistema prodotti molti inconvenienti (1), s'intese il bisogno di ripararne le conseguenze in tutto o in parte con un nuovo sistema. Or quale fu codesto nuovo sistema? La *rappresentanza*, come abbiam veduto (2), era stata esclusa dagli istituti giuridici, in virtù del sistema delle *formole*, secondo il quale il proferirle apparteneva a chi avea interesse nei negozii giuridici.

Se dunque tra i pupilli se ne fossero trovati alcuni che avessero potuto pronunziare le *formole*, non vi sarebbe stata ragione per escluderli dai loro negozii giuridici, quando gli stessi, pel contenuto, fossero stati dai tutori giudicati per buoni, e confermati. Ora in questa classe di *pupilli* furono annoverati tutti quelli che aveano compiuto il *settimo anno*. Così nacque la distinzione degl' *infantia majores* e *infantia minores sive infantes*, detti altrimenti dall' origine della distinzione, *qui fari possunt et qui fari non possunt* (3). Per gli ultimi i *tutori* continuarono ad *agire* nell' antica maniera; ma rispetto ai primi vennero chiamati soltanto ad *approvare (adprobare)* i negozii *giuridici*, che i *fanti* (4) (*infantia majores*) facevano da se. Il quale nuovo *magistero* del tutore fu espresso con linguaggio tecnico colla frase, *interponere auctoritatem*, *sive auctor fieri*.

... Valet.... *auctoritas* ejus (cioè *tutoris*) cum se *probare* dicit id quod *agitur*: *hoc est auctorem fieri*. (L. 3. D. lib. 26. tit. 8, de auctorit. et cons. tut. et curat.)

(1) Ved. pag. 326 e seg. e la n 1 pag. seg.

(2) Ved. 326 e seg.

(3) Ved. pag. 70 e 71.

(4) Questa voce è stata adoperata da Dante e poi dal Gioberti nel Buono: perciò crediamo di poterla usare anche noi.

Così dunque nacque un doppio modo d'*integrare* la persona del pupillo: cioè *suscipiendo negotia pupilli, et interponendo auctoritatem*. Di questo doppio processo fanno menzione le fonti dell'antico Diritto, e se ne trova fatta l'applicazione anche ai giudizii, alla istituzione de' quali i tutori poteano esser tenuti.

Sufficit *tutoribus* ad plenam defensionem, sive *ipsi judicium suscipiant*, sive *pupillus, ipsis auctoribus*; nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint *ipsi suscipere judicium*, an pupillum exhibere, ut *ipsis auctoribus judicium suscipiatur*: ita tamen, ut pro his *qui fari non possunt*, vel *absint, ipsi tutores judicium suscipiant*; pro his autem qui *supra septimum annum aetatis sunt*, et *presto fuerint, auctoritatem* praestent. (L. 1. § 2. D. lib. 26. tit. 7. de administ. et peric. tut. et curat.)

L' *interpositio auctoritatis* ammessa nel *Diritto privato* e nell' interesse dei *pupilli*, sembra essere stata introdotta ad imitazione di un istituto simile che s'incontra nel *Diritto pubblico* del secondo periodo, nello interesse del popolo quando sanciva una legge. Essa non diveniva obbligatoria se non dopo che il senato l' avea approvata (*interponebat auctoritatem*; *auctor fiebat*) (1). Laonde il Vico assimilava il *popolo* ai *pupilli*, ed il *Senato* ai tutori (2). Ma che che sia di questo riscontro, tale parziale riforma dell' antico sistema successe, come si è veduto, al tempo in cui i *negozii giuridici* si dovevano celebrare mediante le *formole* (3). Avrebbe dunque il sistema dovuto cessare quando fu

(1) T. Livio, lib. 8. n. 12. Ved. la nostra Storia, lib. 1. cap. 11. 12. e 13. Ottone, Com. inst. lib. 1. tit. 21. pr.

(2) Ved. de uno univ. jur. pr. § 162. 2.ª *Scienza nuova*, pag. 91. 114-115. e la nostra Stor. lib. 1. cap. 13.

(3) Ved. pag. 328 e seg.

abolito l'obbligo delle *stesse* (1). Tuttavia rispetto ai PUPILLI rimase in vigore fino al tempo di GIUSTINIANO con tutto il rigore dell' antico *formalismo* (2), e si trova applicato all'accettazione delle eredità devolute ai *pupilli*, come risulta da una *Costituzione* di TEODOSIO (426), inserita nel Codice *Giustinianeo*:

> Si *infanti* (id est *minori septem annis*) in potestate patris, vel avi, vel proavi constituto, vel constituta, hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata..... licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere.... *Parente* vero non *subsistente*, si quidem post ejus obitum tutor *infanti* sit vel datus fuerit, *posse eum*, etiam adhuc *infante pupillo* constituto, ejus nomine *adire hereditatem*... vel *bonorum possessionem petere*; et *eo modo* eidem *infanti hereditatem quaerere*. Si autum *septem annos aetatis pupillus excesserit* et priore parente mortuo,in pupillari aetate fati munus impleverit, ea obtinere praecipimus quae *veteribus continentur legibus*: nulla dubietate relicta, quin *pupillus* post *impletos septem annos suae aetatis ipse adire hereditatem*, vel *bonorum possessionem petere*, consentiente parente, si sub ejus potestate sit, vel *cum tutoris auctoritate si sui juris sit*, possit: vel si non habeat tutorem, adire Praetorem et ejus decreto hoc jus consequi. (L. 18. pr. §§ 2 e 4 Cod.lib. 6. tit. 30, de jure deliberandi). (3)

Il doppio magistero, del quale finora abbiamo discorso, cioè il *suscipere negotia pupilli*, e l' *interponere auctoritatem*, concerneva però i soli atti i quali non sono permessi se non al *proprietario*, perchè sup-

(1) Ved. pag. 70 e 71. ed il § seg.

(2) Ved. la n. 3. a pag. 369. ed appresso il § 2.

(3) Ved. VINNIO, Com. al § 9 e 10 tit. 20. (19), lib. 3. Institut. Ved. L. 9. D. lib. 26. tit. 7. (de adm. tut. vel cur.)

pongono la disposizione dei beni (*jus disponendi*), sia trasmettendoli ad altri, sia trasformandoli, sia contraendo obbligazioni; vale a dire quegli atti che nel linguaggio moderno si chiamano *dominicali.* Ma vi era un'altra classe di *atti*, i quali hanno il solo scopo di *conservare e migliorare* il patrimonio, e però oggi si appellano *amministrativi*, dalle voci *administratio* e *administrare*, di cui si servirono i giureconsulti romani per esprimere l'esercizio di tali atti. Vero è che codeste voci talvolta furono adoperate anche per esprimere i *dominicali* (1); ma tanto nel DIGESTO quanto nel CODICE trattandosi distintamente dell' *auctoritas* e dell' *administratio tutorum* (2), è facile comprendere come per regola ed in *senso proprio* esse debbano esprimere due maniere differenti di atti (3).

Or mediante l' esercizio degli uni e degli altri la personalità del pupillo si veniva *integrando* in un modo *artificiale*, e solo per l' *uso presente* della *vita.* Ma restringendo l' ufficio del tutore a *coadiuvare* il pupillo nell' esercizio de' suoi diritti, o a *sostituirne* la persona, si sarebbe *incompiutamente* conseguito lo *scopo* della *tutela*; anzi sarebbe mancata la parte migliore della sua *missione.* Bisognava anche *integrare* la persona del pupillo *naturalmente* per l' *uso futuro della vita*, vale a dire, fare in modo che un giorno potesse esercitare i suoi diritti da se e senza l' aiuto di alcuno.

Ora il mezzo onde la persona acquisti l' *indipendenza* e la *spontaneità* di agire, consiste nel *perfezionamento* del *corpo* e dell' *animo.* Perciò fra le fun-

(1) Ved. la n. 2. a pag. 380.

(2) D. lib. 26. tit. 7. ed 8. Cod. lib. 5. tit. 37 e 59.

(3) Ved. DONELLO.

zioni del tutore vennero annoverate anche l'*alimentazione* e l'*educazione* del pupillo. Adunque riducendo a sommi capi il magistero della *tutela* secondo lo spirito del Diritto Romano, si può stabilire che consisteva nel provvedere: a) all'*uso presente*, b) ed all'*uso futuro* della vita. All'*uso presente* appartenevano: a) il *suscipere negotia pupilli*: b) l'*interponere auctoritatem*: c) l'*administrare*. All'*uso futuro* della vita: a) l'*alere*: b) e l'*educare pupillum* (1).

Tutoris praecipuum est *officium* ne *indefensum* pupillum relinquat (L. 30. D. lib. 26. tit. 7. de adm. et peric. tut. et curat.)

..... tutor non *rebus* duntaxat, sed etiam *moribus* pupilli praeponatur (L. 12, § 3. ivi.)

§ 3.

Poteri del tutore concernenti l'uso presente della vita del pupillo. a) *Atti* dominicali.

Gli *atti dominicali* si solevano compiere, come abbiam veduto, *suscipiendo negotia pupilli, aut interponendo auctoritatem*. Or nel primo caso il tutore seguiva le regole comuni, ma nel secondo doveva osservare certe condizioni senza delle quali i suoi atti sarebbero stati privi di valore giuridico.

Nulla differentia est, *non interveniat* auctoritas tutoris, an *perperam adhibeatur* (L. 2. D. lib. 26, tit. 8 de auct. et cons. tut. et curat.).

Codeste condizioni erano tre: a) dovea il tutore essere *presente* al *negozio*: perciò non potea servirsi di *lettere*: b) dovea approvarlo *immediatamente* (*statim*),

(1) D. lib. 27. tit. 2. (ubi pup. educ. et mor. deb. et de alim. praest.)

e perciò non potea darla nè prima nè dopo essersi compiuto (*perfecto negotio*): c) non potea darla sotto *condizione* nè á *termine*, perchè era un atto *legittimo*, e gli atti *legittimi* non ammettevano alcuna di queste *modalità*; anche quando il *negozio giuridico* fosse soggetto per se stesso o per convenzione a *termine* o *condizione:*

Tutor *statim* in *ipso negotio* (1), *praesens* debet *auctor fieri*: post *tempus* vero, aut per *epistolam* interposita ejus auctoritas *nihil agit* (L. 9. § 5. D. ivi. Inst. lib. 1. tit. 21 § 2.)

Actus legitimi... in totum *vitiantur* per *temporis* vel *conditionis adjectionem* (L. 77. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

Etsi *conditionalis contractus* cum pupillo fiat, tutor debet pure *auctor fieri*: nam *auctoritas* non *conditionaliter*, sed *pure* interponenda est, ut *conditionalis* contractus confirmetur (L. 8. D. lib. 26. tit. 8. de auct. et cons. tut. et curat.)

Il tutore per riputarsi *praesens* doveva assistere al *negotium, corpore et animo* (2): non bastava nè l'uno, nè l'altro separatamente. Laonde si avea per *assente* quando assistendo al negozio non ne avesse compresa l'importanza, o quando ne avesse scienza e non vi assistesse, o quando fosse con violenza costretto ad assistervi, o fosse preso dal *sonno* o dal *morbo comiziale* (3).

Non multum interest *abfuerit* tutor, cum negotium

(1) Questa locuzione equivale a *perfecto negotio* secondo il frammento di ULP. riportato nella nota precedente (V. VINNIO, Com. al § 2. delle Istit. h. t.)

(2) Ved. pag. 42 e 43, non meno che ciò che diremo circa la curatela, sez. 5. § 2.

(3) Dicevasi anche *major* (CELSO, lib. 3. cap. 24), ed era quel che oggi si appella *mal caduco*, il quale prese il nome di *comitialis*, perchè se alcuno n' era colpito nel luogo de'*Comizii* se ne sospendeva la seduta (v. *Brissonio*, v. *Comitialem morbum habere*).

contraheretur, an *praesens ignoravit* quale esset, quod contrahebatur (L. 14. D. lib. 26. tit. 8. de auct. et cons. tut.)

Tutor si *invitus retentus* sit per *vim*, non *valet* quod agitur: neque enim *praesentia corporis* sufficit ad auctoritatem; ut si *somno* aut *morbo comitiali* occupatus, tacuisset (L. 1. § 1.)

La *presenza* del tutore tuttavia era relativa al solo *pupillo*; così che l'*auctoritas* era valida anche quando il *negozio* avesse avuto luogo con un *assente:*

Etiamsi non *exaudiat* tutoris auctoritatem is qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc adprobetur, recte negotium geritur: veluti si *absenti pupillo* per epistolam vendam aliquid, aut locem, et is *tutoris auctoritate* consensit. (L. 9. § 6. ivi).

L'*approvazione* o *conferma* dovendo inoltre farsi a *parola*, chi era *muto* non potea esser tutore:

Mutus tutor dari non potest: quoniam *auctoritatem* praebere non potest. (L. 1. § 2, D. lib. 26. tit. 1. de tut.)

Sotto il sistema delle *formole* il *negotium* si avea per *perfetto* dopo che esse si erano profferite: allora perciò non era possibile l'*interponere auctoritatem*, nè quando il pupillo *tacesse*, nè quando si trattava di negozii giuridici che si solevano contrattare *tacitamente*. Ma negli ultimi tempi si ebbe per valida l' *auctoritas* interposta anche in codesti negozii. Così se un pupillo avesse ricevuto della moneta a *mutuo* ed il tutore avesse *approvato* il mutuo, sarebbe stato obbligato anche quando ricevendola non avesse *parlato*.

Impuberes *tutore auctore* obligantur, etiamsi *taceant*, nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis *nihil dicant*, *auctoritate* tutoris *interposita*, *tenentur* (L. 13, D. lib. 26. tit. 8. de auct. et cons. tut.)

Di quì derivò che anche i *muti* potessero rice-

vere un *tutore*, e potessero agire *cum auctoritate*.

Muto itemque mutae impuberibus tutorem dari posse, verum est. Sed an auctoritas eis accomodari possit, dubitatur? Et si potest tacenti, et muto potest: est autem verius, ut Iulianus lib. 21. Digestorum scripsit, etiam tacentibus auctoritatem posse accomodari (L. 6 pr. D. lib. 26. tit. 1. de tut.)

Al contrario, quantunque non più si usassero le *formole*, anzi potessero i pupilli contrattare *tacitamente*, tuttavia si continuò a ritenere che il tutore non potea esser *sordo* come al tempo delle *formole*:

Surdum non posse dari tutorem plerique, et Pomponius (lib. 69 ad Edictum) probant: quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet (L. 1, § 3 ivi).

Ma se per tradizione di quel sistema non era dato al *sordo* di *interponere auctoritatem*, perchè la *sordità* impediva di ascoltare le *formole*, per lo stesso sistema non era proibito al *cieco*.

Etiam si tutor coecus factus sit, auctor fieri potest. (L. 16, D. lib. 26, tit. 8. de auct. et cons. tut. et cur.)

Nell' esercizio di codesto potere il *tutore* era *arbitro* di fare o non fare certi *negozii*. Le fonti perciò dicevano che egli era in luogo di un *proprietario* (*dominus*):

Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet (L. 27. D. lib. 26. tit. 7. ivi.) (1)

Così non credendo d' interporre l' *auctoritas*, non vi potea essere obbligato, salvo a renderne conto qualora il non farlo fosse stato di pregiudizio al pupillo.

Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum Praetor cogere, primum quia iniquum est; etiamsi non

(1) Ved. DONELLO, lib. 3, cap. 12, n. 4 e seg.

expedit pupillo auctoritatem eum praestare: deinde et si expedit, tutelae judicio pupillus hanc jacturam consequitur (L. 17. D. lib. 26. tit. 8. de auct. et cons. tut. et curat.)

Codesta assimulazione tuttavia andò soggetta a parecchi temperamenti : Così :

a) Il tutore che avesse alienata una cosa sottratta al patrimonio del pupillo , ne disponeva nullamente:

. . . Tutor in re pupilli tunc *domini* loco habetur , cum tutelam administrat , non cum pupillum spoliat (L. 7. § 3. D. lib. 41. tit. 4. pro empt.)

b) Non potea *interponendo auctoritatem* fare atti i quali tornassero a suo vantaggio, sia direttamente o indirettamente: p. e. comperare da *se* o per *interposte persone* i beni del pupillo : di qui la massima : *in rem suam auctorem tutorem fieri non posse* (1).

Quod dicimus, *in rem suam auctoritatem accomodare tutorem non posse*, totiens verum est , quotiens per *semet vel subjectas sibi personas* adquiritur ei stipulatio (L. 7. D. lib. 26. tit. 9. de auct. et cons. tut. et curat.

... Ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest... sed si per *interpositam personam* rem pupilli emerit, in ea causa est ut emptio nullius momenti sit (L. 5 §§ 2 e 3 ivi.)

Ma non gli era proibito di trarre vantaggio da un atto legittimamente fatto, come conseguenza necessaria dell' atto stesso. Così, ben poteva accettare una eredità , quantunque per virtù di essa divenisse creditore del pupillo.

Caeterum negotium ei geri per consequentias... nihil prohibet auctoritas (L. 7. D. ivi.)

Quamquam regula sit juris civilis, *in rem suam au-*

(1) Ved. L. 1. D. lib. 26. tit. 9. (de auct. et cons. tut. et curat.) riportata qui appresso.

ctorem tutorem *fieri non posse*, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accomodare, quamvis per hoc debitor ejus efficiatur: prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat: per consequentias contingit. ut debitum subeat: se tamen auctore ab eo stipulari non potest (L. 1. D. ivi.)

Non gli era neanche vietato di entrare in relazioni giuridiche col pupillo coll' *auctoritas* di un altro tutore se ne esistesse di più di uno:

Pupillus obligari tutori *eo auctore* non potest. Plane si *plures* sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari (L. 5. D. ivi).

c) Il tutore non poteva nè fare da se pel pupillo, nè autorizzar lui a fare atti che supponessero essenzialmente una determinazione dell' animo proprio. Tali erano gli atti a titolo *gratuito*, sia tra *vivi*, sia a *causa di morte*, come le *donazioni*, salvo quelle di uso, ed i *testamenti*.

Tutoribus concessum est, a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso jure liberentur: non etiam *donare*, vel etiam deminuendi causa cum iis *transigere* (L. 46 § 7. D. lib. 26. tit. 7. de administrat. et per. tut. et curat.)

Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in judicium deducere potest. *Donationes* autem ab *eo factae*, pupillo *non nocent* (L. 22. ivi.)

... Tutor... *solemnia munera* parentibus cognatisque *mittet*. Sed non dabit *dotem* sorori alio patre natae, etiam si aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex *liberalitate* tamen sit, *quae servanda arbitrio pupilli est*. (L. 12. § 3. ivi.)

Fuori di questi casi e di qualche altro di cui di-

scorrono le fonti del *Diritto antico*, il tutore poteva *da se, autorizzando il pupillo*, fare qualunque atto, anche di *alienazione*, come conseguenza del principio che egli era *loco domini* (1).

... Tutor qui tutelam gerit... *alienare res ... potest*. (L. 17. § 2. D. lib. 12. tit. 1. de jurejur.)

Ed è perciò che allora le parole *administratio* et *administrare* abbracciavano tanto gli atti *amministrativi* quanto i *dominicali* secondo il linguaggio moderno (2).

Ma nel *Diritto nuovo* questo potere fu temperato da un *Senatoconsulto* pubblicato ai tempi di Severo ed Antonino, e da due Costituzioni, una di Costantino e l'altra di Giustiniano, con cui si venne la prima volta a separare e distinguere codesti atti.

a) Col *Senatoconsulto* (195. era volg.) fu interdetta l'*alienazione* dei *fondi rustici e suburbani*, salvo il caso in cui ne fosse stata permessa l'alienazione col testamento paterno, o pure l'alienazione fosse necessaria per estinguere i debiti che non si potessero altrimenti sodisfare. In questo caso però occorreva l'autorizzazione del Pretore. Ciò tuttavia non impediva nè la *divisione* di un fondo comune, quantunque fosse considerata come *alienazione* (3); nè la vendita del fondo pignorato dal padre del pupillo per parte del creditore:

Imperatoris Severi oratione *prohibiti* sunt tutores et curatores *praedia rustica* vel *suburbana distrahere*. Quae oratio in Senatu recitata est, Tertyllo et Clemente Consulibus, idibus junii. Et sunt verba ejus hujusmodi. Praeterea, Patres Conscripti, *interdicam* tutoribus et curatori-

(1) Ved. il testo riferito a pag. 378.

(2) L. 12. § 1. D. lib. 26. tit. 7. (de adm. et peric. tut. vel curat.)

(3) Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit (L. 1. Cod. lib. 3. tit. 38. Comm. utriusq. jud. ec.)

bus, ne *praedia rustica* vel *suburbana* distrahant: nisi ut id fieret parentes *testamento* vel *codicillis* caverint. Quod si forte *aes alienum tantum erit*, ut ex rebus caeteris non possit exolvi, tunc Praetor Urbanus, Vir Clarissimus, adeatur, qui pro *sua religione aestimet*, quae possint *alienari obligarive debeant:* manente pupillo actione, si postea potuerit probare, obreptum esse Pretori. Si *communis res erit*, et socius ad *divisionem* provocet; aut si *creditor*, qui *pignori agrum* a parente pupilli acceperit, jus *exequetur*: *nihil novandum* censeo (L. 1. pr. §§ 1 e 2 D. lib. 27. tit. 9. de reb. eor. qui sub. tut. sunt).

b) Costantino (326) estese il procedimento segnato dal senatoconsulto all' *alienazione* dei *mobili* di maggiore importanza ed ai *predii urbani*:

Lex quae *tutores curatoresque* necessitate adstrinxit, ut aurum, argentum, gemmas, vestes caeteraque mobilia pretiosa, *urbana* etiam *praedia* et *mancipia, domos, balnea, horrea, atque omnia* quae intra civitatem sunt, *venderent*, omniaque ad nummos redigerent, praeter *praedia* et *mancipia rustica*, multum minorum utilitati *adversa* est. Praecipimus itaque, ut haec omnia *nulli* tutorum curatorumve *liceat vendere*: nisi hac forte *necessitate* et *lege*, qua *rusticum praedium* atque *mancipium* vendere, vel pignorare, vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dare in *praeteritum licebit*: scilicet per *inquisitionem* judicis et probationem causae interpositionemque *decreti*, ut fraudi locus non sit (L. 22. Cod. lib. 5. tit. 37. de administrat. tut. vel. curat.)

c) E Giustiniano (531) non permise ai debitori di *capitali* di farne la restituzione ai tutori, se non in virtù di sentenza del magistrato, presa senza formalità e senza spesa.

Sancimus: creatione tutorum et curatorum cum omni *procedente cautela*, *licere* debitoribus pupillorum vel

adultorum, ad eos solutionem *facere*, *ita tamen*, ut *prius sententia judicialis sine omni damno celebrata*, hoc *permiserit*: quo subsecuto, et si judex hoc pronuntiaverit, et debitor persolverit, sequitur hujusmodi causam plenissima securitas ut nemo in posterum inquireretur..... Non autem hanc legem extendimus etiam in his solutionibus, quae vel ex *reditibus*, vel ex *pensionibus*, vel aliis hujusmodi causis pupillo vel adulto accedunt: sed si extraneus debitor ex *foeneratitia* forsitan *cautione*, vel aliis *similibus causis*, solutionem facere et se liberare desiderat (L. 25. Cod. ivi; Inst. lib. 2. tit. 9. § 2.)

Or quando i tutori avevano proceduto nei termini e con le forme stabilite, parrebbe che non ci avesse dovuto esser luogo a reclamo, nè contro i tutori nè contra i terzi. Tuttavia sul fondamento di alcuni testi che concernono i minori, parecchi scrittori sostengono che in caso di lesione si avesse diritto alla *restitutio in integrum* (1).

§ 4.

Continuazione—b) *Atti amministrativi.*

Dopo i temperamenti posti ai poteri del tutore, circa gli atti *dominicali*, non rimase in loro libertà che di provvedere alla *conservazione* ed *aumento* dei beni, e di fare tutti gli *atti* che vi aveano relazione. Or è facile comprendere come intorno a ciò non si poteano dare regole a *priori*; ma bisognava regolare l'amministrazione secondo i casi particolari.

. . . . . Modus praefiniri generaliter non potest: cum

(1) Ved. fra i moderni: Makeldey §§ 229. 632. 643. Maynz §§ 415. 424.

facilius causa cognita per singulos possit examinari (L. 5. pr. D. lib. 26. tit. 7 de admin. et per. tut.)

Tuttavia le fonti ne contengono parecchie, indicate non come *precetti*, ma come *consigli*, salva la responsabilità dei tutori:

Così — a) il *danaro* che si riscoteva si doveva conservare o impiegare, secondo le circostanze:

Ita autem depositioni pecuniarum locus est, si ea summa corradi (id est, colligi) possit ut comparari ager possit: si enim tam exiguam esse tutelam (facile) probatur, ut ex nummo refecto praedium puero comparari non possit, depositio cessat. Quae ergo tutelae quantitas depositionum inducat videamus? Et cum causa depositionis exprimatur, ut praedia pupillis comparetur manifestum est, ut ad minimas summas non videatur pertinere: quibus modus praefiniri generaliter non potest, cum facilius causa cognita per singulos possit examinari. Nec tamen auferenda facultas est, etiam minores summas interdum deponi postulari, si suspecti tutores esse videantur. (L. 5. pr. ivi).

b) Le cose soggette a *deteriorazione* si dovevano subito *alienare*, salve ragioni in contrario:

Si tutor *cessaverit* in *distractione* earum rerum quae tempore *depereunt*, suum periculum facit . . . . non quidem praecipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione (L. 7. § 1. D. ivi).

c) I debitori morosi doveano essere compulsati, e le somme trovate nel patrimonio del pupillo si doveano impiegare, altrimenti dopo *sei mesi* il tutore era tenuto agl'*interessi*.

Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non *convenerit*, ac per hoc minus *idonei* efficiantur; vel *intra sex primos menses* pupillares pecunias non *collocaverit*: ipse in debitam pecuniam et in *usuras* ejus pecu-

niae quam non *foeneravit* convenitur (L. 15. ivi).

Lo stesso dovere avea per le somme riscosse durante la tutela : ma in questo caso andava soggetto alle *usure* dopo *due mesi* dalla esazione, tranne se non si fosse servito del danaro , poichè allora era tenuto alle usure immediatamente.

> **Usurae a tutoribus non statim exiguntur, sed interjecto tempore ad *exigendum* et ad *collocandum duum mensium* . . . . quod spatium seu *laxamentum temporis* tribui non oportet his qui nummos impuberum vel adolescentium in suos usus converterunt (L. 7. § 11. ivi).**

d) Se il *paterfamilias* in vita avea esercitata la mercatura e lasciava detto nel suo testamento che si dovesse continuarla, era il tutore tenuto ad uniformarsi alla sua volontà:

> **Qui *negotiationem* per *Pamphilum* et *Diphilum*, prius servos, postea libertos, exercebat, suo testamento eos tutores reliquit: et *cavit*, ut *negotium* eodem more exerceretur , quo *se vivo* exercebatur : (hique) tutelam administraverunt, non tantum cum impubes patroni filius fuisset, sed etiam post pubertatem ejus: sed *Diphilus* quidem cum *incremento negotiationis* rationes obtulit; *Pamphilus* autem putavit reddere oportere non ad *incrementum negotiationis*, sed ad *computationem usurarum*, ut in tutelae judicio solet. Quaesitum est, an secundum voluntatem defuncti, exemplo *Diphili*, *Pamphilus* quoque rationem reddere debeat? Respondit, *debere* (L. 58. D. ivi).**

e) Insomma dovea il tutore fare tutto quello che solea fare un buon *paterfamilias* per le cose sue:

> **A tutoribus et curatoribus pupillorum *eadem diligentia* exigenda est circa *administrationem* rerum pupillarium, quam *paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet* (L. 33. D. ivi).**

§ 5.

Continuazione — *Mezzi onde si accertava il patrimonio de' pupilli, e cautele per conservarlo.*

Per mettere in salvo il patrimonio del pupillo (*rem pupilli salvam fore)* occorrevano due cose: a) accertarne la quantità secondo lo stato in cui si trovava al cominciamento della tutela: b) ed ottenere dal tutore le garentie opportune ad impedirne la dissipazione con atti inconsulti sia dominicali sia amministrativi.

Per ottenere il primo scopo s' impose al tutore l' obbligo di fare un inventario (*repertorium-inventarium*) de' beni e de' titoli che vi avevano relazione, *interdicendogli* l' esercizio della tutela prima di averlo compiuto, e dichiarando dolosi gli atti che lo avessero preceduti, tranne se non fossero tali da non ammettere dilazione.

Tutor qui *repertorium* non fecit, quod vulgo *inventarium* appellatur, *dolo* fecisse videtur: nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur *dolo inventarium* non fecerit, in ea conditione est ut teneatur in id quod pupilli interest: quod ex jurejurando in litem aestimatur. *Nihil* itaque *gerere* ante *inventarium* factum eum oportet: nisi id quod dilationem nec modicam exspectare possit (L. 7. pr. D. lib. 26. tit. 7. de administrat. et per. tut. et curat.)

Per garentire gl' interessi del pupillo il tutore doveva dare una *cauzione* secondo il *Diritto pretorio*, conservato dal *Diritto giustinianeo*, tranne se fosse *testamentario* :

Ne tamen et pupillorum, et eorum qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur

vel deminuantur, curat Praetor ut et tutores et curatores eo nomine *satisdent*.

Set hoc non est perpetuum; nam et tutores *testamento dati* satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est. Et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisdare, scilicet quia satis idonei electi sunt. (Gajo, Comm. 1. § 199 e 200. Instit. lib. 1. tit. 24. pr.)

La satisdazione si poteva dare mediante una malleveria o un pegno, e poteva anche consistere in una semplice *promessa verbale* (1), ma in ogni caso i magistrati erano tenuti di richiederla sotto pena de' danni ed interessi, tranne coloro che non erano espressamente obbligati dalle leggi a richiederla:

Sciendum est non solum tutores vel curatores pupillis vel adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos qui *satisdationem* accipiunt subsidiariam actionem esse (Instit. lib. 1. tit. 24. § 2.)

Neque autem praefectus urbis, neque praetor, neque praeses provinciae, neque quisquam alius cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur; sed hi tantummodo qui satisdationem exigere solent. (Ivi, § 4.)

Taluni sogliono anche ammettere che i tutori avessero per Diritto giustinianeo il dovere di prestar giuramento (2). La novella 72 cap. 8, che introdusse questo giuramento, parlava de' *curatori*; ma i chiosatori l'estesero ai *tutori* (3).

(1) Ved. D. lib. 27. tit. 7 ed 8.

(2) Ved. fra gli antichi, EINN. PAND. lib. 26 tit. 7 § 325 VOET, lib. 26 tit. 7 n. 2; GUDELINI, de jur. nov. lib. 1 cap. 18 n. 1. Fra i moderni, MAYNZ, § 415.

(3) Ved. l'autentica alla L. ult. Cod. lib. 5. tit. 70. (de curat. fur. vel. prodig.)

§ 6.

Continuazione — *Casi nei quali il pupillo poteva agire da se.*

La necessità di avere un *tutore* non impediva al *pupillo* di *agire da se* validamente, purchè facesse atti tali che *migliorassero* la sua condizione. Di qui la regola: MELIOREM *suam conditionem licere* (*pupillis*) *facere, etiam sine tutore auctore*; DETERIOREM *vero, non aliter quam tutore auctore*:

> *Auctoritas* tutoris in quisbusdam causis *pupillis necessaria est*, in quibusdam *non est necessaria*. Ut ecce, si *quid dari sibi stipulentur*, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli *promittant*, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit *meliorem suam quidem conditionem licere eis facere, etiam sine tutore auctore; deteriorem vero, non aliter quam tutore auctore* (Institut. lib. 1. tit. 21. pr.)

Codesta regola da prima venne applicata ai soli pupilli che erano *prossimi alla pubertà* (*pubertati proximi*), perchè essi erano reputati, come dicemmo altrove (1), capaci d'*intelligenza* e di *ragione* (*intellectus-judicium*). Perciò gl' *infantes* ed i *proximi infanti* o *infantiae* andavano soggetti alla *regola generale*, secondo la quale gl'impuberi erano *incapaci* di agire senza *l' auctoritas tutoris*; ma per una *benigna interpetrazione* (*benignior juris interpretatio*) fu estesa anche ai *proximi infanti*.

> Pupillus *omne negotium recte gerit*, ita tamen ut, sicubi tutoris *auctoritas necessaria* sit, adhibeatur, velut si *ipse obligetur*: *nam alium, tutoris auctoritate potest.*

(1) Pag. 72.

Idem juris est in *feminis*, quae in tutela sunt. Set quod diximus de *pupillis*, utque de eo verum est, qui jam *aliquem intellectum habet*; nam *infantes*, et qui *infanti* proximus *est*, non multum a *furioso* differt, quia hujus aetatis pupilli *nullum intellectum habent* (1): sed in his pupillis (cioè gli ultimi) (2), per *utilitatem benignior juris interpretatio facta est* (Comm. 3. §§ 108-109 (3).

La regola *meliorem* ecc. si trova applicata nelle fonti a parecchi casi, i quali sono stati riuniti da alcuni interpetri (4). Questo metodo è di grande utilità dal punto di vista *esegetico*; ma in un lavoro *sistematico* è invece di molto imbarazzo per l' autore e per coloro ai quali è destinato. Noi perciò ci riserbiamo di occuparcene più opportunamente nei luoghi particolari. Non volendo intanto abbandonare la *regola* in tutto all'*astrazione*, citiamo i soli casi che Gaio, autore della stessa, riunisce insieme. Or, secondo lui, il pupillo a) non si può *obbligare* a dare o a fare: b) non può *dare a mutuo*: c) non può nulla *alienare* e perciò non può *manomettere*: d) non può *fare* un *valido pagamento*: e) non può *accettare eredità*:

Obligare ex omni contractu pupillus sine tutoris au-

(1) Circa le parole simili che si trovano nel testo delle Inst. riportate alla pag. 72, Vinnio osserva giudiziosamente che si debbano intendere *cum mica salis*, perchè in altri testi sembra trovarsi detto il contrario. (Ved. questi testi a pag. 73). Tuttavia non potendosi ammettere tra essi realmente contraddizione, bisogna ritenere che i soli *infantes* siano privi d' *intelletto*; ma i *proximi infanti*, se non posseggono una *perfetta intelligenza*, non ne sono neanche privi. L' autore cita anche parecchi esempii. (Ved. comm. lib. 3. tit. 20. § 9).

(2) Ved. il sud. testo, dove Triboniano alla voce *his* di Gaio sostituisce le parole *in proximis infantiae.*

(3) Questo luogo poco differisce da quello delle Instituzioni riportato a pag. 72.

(4) Ved. Vinnio l. c. Donello lib. cap. 13. n. 2 a 5. e specialmente Di Savigny § 108.

ctoritate non potest: adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo, etiam sine tutoris auctoritate potest: sed *credendo* obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest. Ex hoc autem, quod pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest, apparet, nec *manumittere* sine tutoris auctoritate posse. Hoc amplius, licet tutoris auctoritate manumittat, debet e Lege Aelia Sentia apud consilium causam probare. Pupillus *ex omnibus solvendo* sine tutoris auctoritate potest. Si tamen creditor bona fide pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus. *Hereditatem adire* pupillus sine tutoris auctoritate non potest: quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum. (L. 9. lib. 26 tit. 8 de auctorit. et per. tut. et curat.)

In questi casi ed altri adunque il pupillo che avesse agito senza l' intervento del tutore faceva un atto improduttivo di effetti giuridici. Tuttavia ciò riguardava il *valore* puramente *civile* dell' *atto*. Sotto il rapporto *naturale* le fonti non pare che siano uniformi. La maggior parte sembra ritenere che il *pupillo* resti obbligato egualmente che il *pubere*, salve alcune eccezioni ai principii delle obbligazioni *naturali*, come vedremo a suo luogo (1). Anzi, se il *pupillo* ad occasione degli *atti* che non poteva fare senza l' *auctoritas tutoris diveniva più ricco* (*locupletior fiebat*), era tenuto anche *civilmente* fino alla somma per cui era divenuto più ricco.

Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur: sed nec in emendo, nisi in quantum *locupletior factus est* (L. 5. § 1. D. lib. 26 tit. 8. de auct. et cons. tut. L. 13. § 1. D. lib. 12. tit. 6. de cond. ind. e 3. D. lib. 13. tit. 6. comm. vel contra.

(1) Ved. intanto gli autori citati e MAYNZ, n. 98 al § 414.

§ 7.

Continuazione — *Uso futuro della vita.*

In che consiste l' *uso futuro della vita* di ciascun uomo? Essendo l' uomo composto di *corpo* e di *animo* (1), per usare della vita conformemente alla sua destinazione, è necessaria la *sanità* del corpo e la *perfezione* dell' animo (2). Il modo principale ed ordinario di mantenere *sano* il corpo sono gli *alimenti*, e quello di *perfezionare* l' animo sono l' *educazione* e l' *istruzione*. Il *nutrimento* dunque e la *virtù* vanno essenzialmente uniti, anche per l'influenza che l' uno esercita sopra l' altro.

In questo senso **Paolo** diceva che il *legato* per l'*educazione* (*ut quendam educes*) comprendeva anche gli *alimenti*:

Rogatus es ut quendam educes: ad *victum* necessaria ei praestare cogendus es (L. 23. D. lib. 34. tit. 1. de alim. vel cib. leg.)

Ecco perchè forse troviamo nel Digesto esposte contemporaneamente le regole circa l' *alimentazione* e l' *educazione* de' pupilli (3); e pare che i compilatori dello stesso non avessero fatto altro, che seguire il metodo tenuto da' pretori nell' *Editto* circa questa parte della tutela.

a) Il modo di *alimentare* il pupillo apparteneva per regola al *padre*. Ma il volere del padre era soggetto ad essere modificato qualora la spesa eccedeva il patrimonio del pupillo:

Si pater statuit *alimenta* liberis quos heredes scrip-

(1) Ved. pag. 42 e 43.

(2) Vee. la L. 7. D lib. 27 tit. 10 (de curat. fur. ec.) e quel che diremo nella curatela.

(3) Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei praestandis (D. lib. 27. tit. 2.)

serit (1), ea praestando tutor reputare potuit: nisi forte *ultra vires facultatum* statuerit: tunc enim imputabitur ei, cur non adito Praetore desideravit alimenta minui (L. 2. § 3. D. lib. 27. tit. 2. ubi pup. educ. vel mor. deb.)

In mancanza di determinazione per parte del *padre* spettava al *magistrato*.

Jus alimentorum decernendorum pupillis *Praetori competit*: ut ipse moderetur quam *summam tutores* vel *curatores* ad *alimenta* pupillis vel adolescentibus praestare debeant (L. 3. pr. D. lib. 27. tit. 2. ubi pup. educ. vel mor. deb.)

Ma se il tutore non li faceva determinare dal magistrato, o se non gl' indicava esattamente le *facoltà* del pupillo, ed in questa ignoranza il magistrato ne stabiliva una quantità superiore ad esse, il tutore restava responsabile di ciò che soleva spendere di più, tranne se fosse stato noto per onestà, e nell' interesse del pupillo o non avesse creduto di adire il magistrato, o avendolo adito, di non rivelare il vero stato economico del pupillo.

Modus autem si quidem Praetor *arbitratus est*, is servari debet quem Praetor statuit; si vero *Praetor non est aditus*, pro *modo facultatum* pupilli debet arbitrio judicis aestimari, nec enim permittendum est tutori tantum reputare quantum dedit, si *plus aequo dedit*.

Hoc amplius, et si Praetor modum alimentis statuit, verum tamen *ultra vires* facultatum est quod decretum est, nec *suggessit* Praetori de *statu facultatum*, non debet ratio haberi alimentorum omnium: quia, si *suggessisset*, aut minuerentur jam decreta, aut non tanta

(1) Non bisogna prendere l'istituzione di erede come una condizione per poter provvedere circa gli alimenti: perchè potendo nominare il tutore anche al figlio diredato, dovea aver pure il potere di regolare la tutela.

decernerentur. (L. 2. §§ 1. e 2. D. lib. 27. tit. 2. ubi pupil. educ. vel mor. deb.)

..... Caeterum si *bonus vir* et *innocens tutor* arbitrio suo *alvit* pupillos (*quod interdum etiam necesse est fieri*, ne *secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur*): quod melius est interim taceri, quam cum de modo bonorum quaeritur ultro proferri et apud acta jus dicentis contra utilitatem pupillorum designari, non dubie accepto ferre debebunt ea quae *vir bonus arbitratur* merito ad exhibitionem (1) educationis, ministeria, studiaque erogata esse. Nec ferendus est juvenis qui cum praesens esset, si ea per alium se consecutum non praebet, sumptus recuset quasi *vento vixerit*, aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit. (L. 2. Cod. lib. 5. tit. 50. de alim. pup. praest.)

In ogni caso poi bisognava fare in modo da non esaurire tutto il patrimonio.

Modum autem patrimonii spectare debet, cum alimenta decernit: et debet statuere tam moderate, ut non universum reditum patrimonii in alimento decernat, sed semper sit ut aliquid ex reditu supersit. (L. 3. §. 1. D. lib. 27. tit. 2. ubi pup. educ. vel mor. deb.)

b) L' *educazione* del pupillo andava regolata presso a poco nella stessa maniera. Il diritto di regolarne la *maniera* e la *spesa* apparteneva al padre, ma il pretore poteva farvi delle modificazioni, intesi i parenti del pupillo, qualora l' interesse del medesimo così richiedesse:

Solet Praetor frequentissime adiri, ut constituat ubi filii vel alantur vel morentur: non tantum in postumis, verum omnino in pueris.

Et solet ex persona, ex conditione et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit: et nonnunquam *a voluntate patris recedit Praetor*. Denique cum quidam

(1) *Per la spesa*. (Ved. Gotofr. note a codesta legge.)

testamento cavisset, ut filius apud substitutum *educetur*, imperator Severus rescripsit: Praetorem aestimare debere, *praesentibus coeteris propinquis* liberorum: id enim agere Praetorem oportet; ut sine ulla maligna suspicione alatur partus et *educetur*. (L. 1. pr. §. 1. D. lib. 27. tit. 2. ubi pup. educ. vel mor. deb.

In mancanza di disposizioni paterne, l' educazione apparteneva alla *madre* coll' obbligo di non passare a seconde nozze. Una legge dell' Imperatore Alessandro Severo permetteva a' parenti di lasciare l' educazione del pupillo alla madre anche passando alle seconde nozze; ma Giustiniano gliene fece un obbligo assoluto:

Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam *matri* eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est. Quando autem inter eam et *cognatos* et *tutores* super hoc orta fuerit dubitatio, aditus Praeses provinciae, inspecta personarum qualitate et conjunctione, perpendet ubi puer *educari* debeat. Sin autem aestimaverit apud quem *educari* debeat, is necessitatem habebit hoc facere quod Praeses jusserit. (L. 1. Cod. lib. 5. tit. 49. ubi pup. educ. deb.)

. . . . . Quoniam omnium *mater* fide dignior ad filiorum *educationem* videbatur, dat ei etiam hoc haec lex, nisi ad *secundas accesserit nuptias* (Nov. 22. §. 38.)

In mancanza della madre, l' educazione doveva essere determinata dai parenti e dal tutore (1); e dove essi non si fossero accordati, la determinazione apparteneva al magistrato:

Si disceptetur ubi morari vel ubi educari pupillum oportea, causa cognita id Praesidem statuere oportebit. In causae cognitione evitandi sunt qui pudicitiae impuberis possunt insidiari (L. 5. D. lib. 27. tit. 2. ubi pup. educ. vel mor. deb.)

(1) Ved. i testi preced.

In tutti i casi l'*educazione*, come gli alimenti, doveva essere proporzionata alla condizione ed alle facoltà del pupillo, ed anche essendo il pupillo molto ricco bisognava regolarla moderatamente (*frugaliter*):

..... Ad *instructionem* pupillorum vel adolescentium, pupillarum vel earum quae intra vigesimum annum constitutae sunt, solet decernere respectu facultatum et aetatis eorum qui instruuntur (L. 3. § 5. ivi.)

In amplis patrimoniis positis non cumulus patrimonii, sed quod exhibitione (1) *frugaliter* sufficit, modum alimentis dabit (ivi §. 3.)

§ 8.

Modo onde si soleva determinare quali persone dovessero esercitare la tutela (TUTORES-TUITORES)

Generalità

La *tutela impuberum*, come si è veduto (2), si fonda nella natura stessa dell' uomo, il quale dalla nascita sino ad una certa età, non potendo da se provvedere ai bisogni *fisici*, *morali* e *giuridici* della sua vita, è costretto ad esser guidato da altri, i quali secondo la natura dei bisogni prendono diversi nomi (3). GAIO perciò disse di essere la *tutela* un istituto di *Diritto delle Genti* (4).

La necessità di una *tutela* per gl' *impuberi* importa la necessità anche delle *persone* che debbono *esercitarla*. L' *esercizio* di essa dunque è anche di *Diritto naturale* (*juris gentium*). Ma questo Diritto non può

(1) Ved. la nota a pag. 392.

(2) Pag. 347.

(3) Ivi. Ved. DONELLO, lib. 3. cap. 1. § 2.

(4) Ivi.

avere stabilito come si debbano determinare nè le *persone* che debbono esercitarla nè il *numero* di esse. Tale determinazione perciò appartiene al *Diritto positivo*.

Le fonti discorrendo delle origini della tutela e del *modo* di regolarne l' *esercizio* riferiscono l' una e l'altra alle LL. delle XII Tavole (1). Ma essendosi trovato l' uomo sempre nella medesima condizione, è facile comprendere come tanto la *tutela* quanto l' *esercizio* di essa dovettero essere regolati anche dal *Diritto anteriore* (2), e forse nella stessa maniera, se è vero che esso non fu se non l'espressione dei *patrii costumi* (*patrii mores o majorum*) (3).

Ma qualunque sia il rapporto tra le LL. delle XII Tavole ed il Diritto anteriore, egli è necessario stabilire in *quali* e *quante* maniere andassero divisi i *tutori*. GAIO narra che gli antichi (*veteres*) non erano di accordo intorno al numero di essi: chi ne ammetteva cinque, chi tre, chi due, e chi anche un numero maggiore. Nota però come questa divergenza nascesse dall' avere alcuni preso in considerazione il *genere*, ed altri la *specie* dei *tutori*.

> Si quaeramus in quot *genera* hae *species* (*tutelarum*) deducantur, longa erit disputatio: nam de ea re valde *veteres* dubitaverunt. Nos, qui diligentius hunc tractatum exsecuti sumus et in Edicti interpretatione et in his libris quos ex QUINTO MUCIO fecimus, hoc solum tantisper sufficit admonuisse, quod quidam *quinque genera* esse dixerunt, ut QUINTUS MUCIUS; alii *tria*, ut SERVIUS SULPICIUS: alii *duo*, ut LABEO; alii tot *genera*

(1) Ved. i testi seguenti.

(2) T. LIVIO narra che Anco Marzio diede un tutore ai figli. (Lib. 1. n. 46.) V. Einn. Antiq. rom. lib. 13. § 1.

(3) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 3 § 2.

esse crediderunt, quot etiam *species* essent. (Comm. 1. § 188.)

L' osservazione di Gaio siegue l' enunciazione che egli stesso aveva già fatta dei diversi *tutori* classificandoli per *generi* e per *ispecie*. Secondo l' autore i tutori in generale o derivano dalla *legge*, o sono designati dal *paterfamilias* col *testamento*, o sono eletti dai *magistrati*.

Permissum est *parentibus*, liberis quos in potestate sua habent *testamento tutores* dare. (§ 144 ivi.)

Quibus *testamento* quidem *tutor* datus non sit iis ex *lege XII* tab. *agnati* sunt *tutores*, qui vocantur *legitimi*. (§ 155 ivi.)

Si cui nullus omnino *tutor* sit, ei datur in urbe Romae, *ex lege Atilia*, a *Praetore urbano* et majore parte *tribunorum plebis*, qui *Atilianus tutor* vocatur: in provinciis vero, a *praesidibus* provinciarum ex lege *Julia* et *Titia* (§ 185 ivi.)

Anche Ulpiano divide i tutori in *tre classi*, ma in modo del tutto diverso da Gaio: egli dice che i tutori sono o *legittimi*, o costituiti dai *senatoconsulti*, o introdotti dai *costumi* (*moribus*).

***Tutores* aut *legitimi* sunt, aut *senatusconsultis* constituti, aut *moribus* introducti (Regular. tit. 21. § 2.)**

Non dice però quali sono i tutori che vanno compresi in ciascuna delle *tre classi*; però se l' ordine col quale egli parla dei singuli casi di *tutela* risponde, com'è da credere, ai *membri* della classificazione, pare che sotto il nome di *tutori legitimi* intenda le *tre classi* dei tutori stabiliti da Gaio, vale a dire tutti i tutori *ordinarii*, perchè per Ulpiano è *tutore legittimo* chiunque derivi da una *legge*, e solo per eccellenza (*per eminentiam*) s'intende per tale chi derivi dalle *LL. delle XII Tavole*:

Legitimi tutores sunt qui ex *lege* ALIQUA descendunt: per *eminentiam* autem *legitimi* dicuntur qui ex *lege XII Tabularum* introducuntur, seu *propalam*. quales sunt *adgnati*, seu per *consequentiam*, quales sunt *patroni* (Ivi tit. 11. § 3.) (1).

Ora tutti i tutori che rientrano nella classificazione di GAIO avevano origine da una LEGGE. Ed ecco come accade che dopo questa definizione dei tutori *legitimi* tratta anche dei tutori nominati con *testamento* e di quelli eletti dai *magistrati* (§§ 14 e 18); e nella classe dei tutori costituiti per *senaticonsulti* o per *costume* pone quei tutori che si solevano talvolta nominare per impedimento o assenza dei *tutori ordinarii*, vale a dire gli *straordinarii* (§§ 21 a 24).

Nel *Diritto Giustinianeo* venne seguita la classificazione di GAIO tanto nelle *Istituzioni* quanto nel *Digesto* (2). I tutori dunque nel nuovo Diritto sono di tre generi, secondo che derivano direttamente o dal *testamento* o dalla *legge* o dal *magistrato*, e sono perciò denominati *testamentarii*, *legittimi* e *dativi* o *Atiliani*. Codeste locuzioni non sono soltanto della scuola, ma s' incontrano anche nelle fonti. Taluno ha posto in dubbio se la voce *dativus* fosse principale o derivata nella scuola da altre locuzioni (3); ma essa viene usata specialmente in un testo di MODESTINO insieme alla voce *testamentarius*:

Dativus vel *testamentarius tutor*, sive curator, non petet satis a collega suo (L. 7. D. lib. 46. tit. 6. rem. pup. vel adol. salv. fore) (4).

La stessa locuzione però si trova presso GAIO ed

(1) Ved. il testo a pag. 408-409.
(2) Ved. Inst. lib. 1. tit. 13. D. lib. 26. tit 1. (de tutelis.)
(3) Ved. ORTOLAN, comment. Inst. lib. 1. tit. 10. pr.
(4) Ved. Donello, lib. 3. tit. 4.

Ulpiano per indicare anche il *tutore testamentario* (1).

Ma in qual epoca furono introdotti i tutori? Tutti convengono che i tutori *legittimi* o *testamentarii* erano riconosciuti dalle leggi delle XII Tavole; ma rispetto ai tutori *dativi* nel senso stretto, da taluni si crede che fossero stati la prima volta introdotti dalla legge *Atilia* o *Attilia* di cui si fa menzione nel testo di Gaio, e che si trova poi ripetuta in altri testi appartenenti al *Diritto anteriore* e *contemporaneo* a Giustiniano (2). Altri invece suppongono che al tempo di questa legge esistessero anche i tutori *dativi*, ma non rimontassero sino alla legge delle XII Tavole, e molto meno sino alla fondazione di Roma (3). Qualunque di queste opinioni si preferisca, ne risulta sempre che per un tempo abbastanza lungo i Romani non avrebbero conosciuto che le *due sole prime* specie di tutela, e che per conseguenza con esse avessero provveduto all'*incapacità* dei *pupilli* e delle *donne*. Or non ci è accaduto di trovare alcuno, fra gli antichi o i nuovi interpetri, il quale si sia fatto a *giustificare* o a *dubitare* di questo sistema; e pure non pare che si trattasse di cosa di sì poco conto per la storia del Diritto da non meritare l'attenzione di alcuno. Per giustificarlo non vi sarebbe che una sola via: ricorrere cioè all'importanza che i Romani attribuivano al *testamento*, ed all'esistenza delle *famiglie* e delle *Gentes* che si incontrano per tutto quel periodo. Si potrebbe infatti dire in favore di questo sistema, da una parte, che i *patres-familias*, non mancando quasi mai di fare il te-

(1) Ved. i testi che sieguono.

(2) Pag. 396. V. Einn. Antiq. rom. lib. 1. tit. 13. § 1. e 20. § 9. e seg. Muhlenbruch, § 576. Burchardi, § 135. Makeldey, § 627. n. 2. Maynz, § 410.

(3) Puchta, § 298.

stamento, è da credere che con l' istituzione dell'erede nominassero anche sempre il *tutore* ai loro figli *impuberi*; dall'altra che, supponendo la *Gens* un gran numero di membri, anche quando fossero mancati quelli della *famiglia* per assumere la *tutela*, vi si sarebbe potuto supplire sempre con quelli della *Gens*. Ma questo argomento sarebbe di qualche valore nel solo rapporto dei *Patrizii* e fino alla legge *Canuleja* che seguì di poco le leggi delle XII Tavole, poichè essi soli prima dell' una e delle altre leggi avevano *famiglia* e *Gentes*, non che la *testamenti factio*; ma rispetto ai *plebei* non varrebbe nulla, perchè questi erano privi delle une e dell' altra, e tuttavia non è da credere che gl' *incapaci* rimasti soli fossero stati abbandonati a se stessi. Laonde non si può ammettere il sistema nè di coloro che attribuiscono alla legge *Atilia* la prima volta l'istituzione della *tutela dativa*, nè di quelli che la fanno cominciare da un tempo più o meno vicino alle leggi delle XII Tavole. Dunque pare più esatto di riconoscere che la *tutela dativa* esistesse alla pubblicazione della legge *Atilia*. Ma in codesta ipotesi quale fu lo scopo della stessa? Ottomano che ammetteva l'esistenza della tutela *dativa* senza tuttavia dire da qual epoca, opinava che, potendo secondo il principio generale ciascun tribuno della plebe opporsi alle deliberazioni prese dagli altri (*intercedere*) (1), per evitare che la nomina restasse qualche volta ineseguita, con la legge *Atilia* fu questo potere tolto ai Tribuni, quando la nomina del tutore era intervenuta con la maggior parte di loro:

Intellegi debet, legem hanc *Atiliam* Tribunorum *intercessionem sustulisse*, hoc est, jussisse ut quod ma-

(1) Ved. la nostra Storia, lib. 1. cap. 12. §. 9.

jor pars decresset, id jus ratumque esset, nec aliorum *intercessione impediretur* (1).

Questa interpetrazione supporrebbe dunque che i tribuni della plebe avessero sempre preso parte alla nomina dei tutori. Ma è più facile il credere che questa nomina una volta appartenesse ai soli *Consoli*, e che quando la giurisdizione passò dai *Consoli* ai *Pretori*, dopo che la plebe fu ammessa al consolato (2), i *Pretori* divenissero essi soli competenti a nominare i tutori. Ora i Pretori per lungo tempo si scelsero tra i soli *patrizii*, come era avvenuto del Consolato (3), e la *giurisdizione* perciò era nelle loro mani un potentissimo mezzo di continuare a tenere la plebe soggetta ai *patrizii*, pel bisogno in cui era di ricorrere ad essi per tutto quello che aveva rapporto con essa, come una volta avveniva co' Consoli. Sia dunque per *gelosia*, sia perchè i Pretori realmente talora *abusavano* del loro potere, i tribuni proposero e fecero approvare nei *Comizii tributi* parecchie leggi che avevano per oggetto di stabilire i termini nei quali si dovevano contenere i Pretori nell' esercizio della *giurisdizione*. Or tra queste leggi s' incontra la legge *Atilia*, la quale, come tutti convengono, fu un *plebiscito*, che porta nella Storia il nome di *lex*, perchè dopo l'intercomunione del *potere legislativo* tra i *patrizii* ed i *plebei* per virtù della legge *Publilia* (4), la voce *lex* si applicava anche alle determinazioni prese nei *Comizii tributi* (5).

Ora ammesso per vero questo fatto, è facile il

(1) Comm. Inst. lib. 1. tit. 10. Ved. anche Vinnio, com. Inst. lib. 1. tit. 20. pr.

(2) Ved. la Storia, pag. 733, 784, 789.

(3) Ved. la Storia, pag. 789.

(4) Ved. la Storia, pag. 734, 911.

(5) Ved. la Storia. Di quest' ultima parte della storia dei tentativi

vedere come la *legge Atilia* fosse stata diretta a moderare il potere dei Pretori circa la nomina dei tutori mediante l' intervento dei Tribuni della plebe.

Intesa così la legge *Atilia*, si viene a rendere anche più facile il determinare l' epoca in cui quel *plebiscito* dovette esser pubblicato, essendo incerta la sua data (1), e contrarie le opinioni degli interpetri intorno ad essa. Senza dubbio deve essere stato pubblicato prima del 443 secondo l' avviso del SIGONIO (2), seguito da tutti gli scrittori posteriori (3), perchè, come narra T. Livio, in quest' anno la libertina *Fecennia Ispala* ricevè un tutore col metodo della legge *Atilia*. Ma pare che dovesse aver preceduto anche l'ammissione dei *plebei* alla *Pretura*; perchè dopo che codesta carica divenne loro comune coi patrizii, non vi era più nè motivo di gelosia, nè timore d' ingiustizia, che come si è detto dettero luogo a tutti i plebisciti concernenti il Diritto privato. Ora quest' ammissione avvenne nell' anno 417 (4).

Ma in qualunque ipotesi, come costoro prendevano parte alla nomina dei *tutori?* Stando al senso letterale delle fonti, parrebbe che la nomina avesse luogo con l'intervento del *Pretore* e della maggior parte dei *Tribuni della plebe*, come generalmente viene insegnato dagl' interpetri (5); taluni però opinano che i Tribuni della plebe

dei tribuni a limitare lo sconfinato arbitrio che avevano i Pretori in fatto di *giurisdizione*, discorre il Vico nel suo *Principio unico del Diritto universale* (de una univ. jur. pr. §. 173).

(1) Non sappiamo come il Burchardi affermi con certezza che fosse stato pubblicato nel quinto secolo. (Storia dello Stato, n. 53.)

(2) De antq. jur. civ. rom. 1. 13.

(3) Ved. Einn. antiq. rom. lib. 1. tit. 20. § 9. GRAVINA de leg cap. 33.

(4) Ved. la Storia, lib. 1. cap. 12. §. 11.

(5) Ved. specialmente gli scrittori moderni innanzi citati.

fossero chiamati a fare la proposta, ed i Pretori ad approvarla, o come si dice con linguaggio moderno, ad *omologarla*, (1); ed altri che avvenisse il contrario (2).

§ 9.

Continuazione — *Della tutela* testamentaria *in ispecie.*

Il dritto di nominare un *tutore* era proprio del *pater familias*: il che importava due cose: in prima che la persona la quale voleva nominarlo avesse la *patria potestas*: ed in secondo luogo che la persona la quale avesse bisogno del tutore fosse sotto la sua potestà; laonde in questa materia la locuzione di *pater familias* non solo importa un *homo sui juris*, ma una persona altresì la quale abbia dei *figli* o altri *discendenti* soggetti alla sua *potestas*. In questo senso appunto le LL. delle XII tavole e le altre fonti antiche e nuove parlano di *tutori testamentarii*.

Uti pater familias legassit super pecunia tutelàve suae rei, ita jus esto (Fr. 33. XII tav.) (3).

Permissum est *parentibus*, *liberis* quos in *potestate* sua *habent*, testamento tutores dare (Gajo, Comm. 1. § 144. Instit. lib. 1. tit. 13. § 3).

Lege duodecim tabularum permissum est *parentibus*, *liberis suis*, sive foeminini sive masculini sexus, si modo in *potestate* sint, tutores testamento dare. (L. 1. pr. D. lib. 26. tit. 2. de testam. tut.)

In conseguenza, nè il padre *naturale* al quale i figli non erano soggetti, nè la *madre* alla quale per legge non competeva la *patria potestas*, e molto meno

(1) Vinnio, l. c.
(2) Ottomano, l. c.
(3) Ved. i Primi lib. 4. cap. 2.

gli *estranei*, anche quando istituissero erede un impubere, non potevano nominare un tutore. Tuttavia il rigore del *Diritto antico* fu temperato nel senso che, dove una tal nomina avvenisse, non fosse nulla, ma andasse soggetta all' *approvazione* dell' autorità competente per la nomina del tutore, facendo precedere un esame (*inquisitio*) circa la *persona* ed il suo *patrimonio*.

> *Naturali filio*, cui nihil relictum est (1), tutor *frustra* datur a *patre*: nec sine *inquisitione confirmatur*. (L. 7. D. lib. 26. tit. 3. de confir. tut.)

> *Mulier* liberis non *recte* testamento tutorem dat: *sed si dederit*, decreto Praetoris vel Proconsulis *ex inquisitione confirmabitur*, nec satisdabit pupillo rem salvam fore. (L. 2. ivi.)

> Si *patronus*, vel *quivis extraneus*, impuberi, quem *heredem instituerit*, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus: *non male dicetur* judicium ejus *sequendum esse*, qui et personam ejus, quem tutorem esse voluerit, *noverit*, et impuberem ita dilexit, ut eum heredem institueret (L. 4, ivi.) (2)

Il tutore si poteva dare egualmente a'figli *legitimi*, a' *legitimati* ed agli *adottivi*, poichè essi, come abbiam veduto altrove, erano rispetto al *padre* nella medesima condizione (3). Quanto a' figli *legitimi*, una volta dovevano esser *nati*, ma per una *benigna interpetrazione* si permise di darlo anche ai figli soltanti *conceputi*:

> Cum in compluribus aliis causis *postumi* pro jam *natis* habeantur, et in hac causa placuit, non minus

(1) Il testo sembra far dipendere la legittimità della nomina dall' esistenza di un lascito, ma il resto del frammento dimostra il contrario.

(2) Qui vale l' osservazione della nota precedente.

(3) Pag. 208.

postumis, quam jam *natis testamento tutores dari* posse: si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur in potestate nostra fiant (GAIO, Comm. 1. § 147. Inst. lib. 1. tit. 13. § 4.) (1)

Nel caso che sotto la potestà della stessa persona si fossero trovati *figli* e *nipoti*, il tutore non si poteva dare che ai soli *figli*, poichè dopo la morte dell' *avo* i *nipoti* passando sotto la *potestà* del loro padre, secondo le regole altrove stabilite (2), non avrebbero potuto essere egualmente sottoposti a *tutela*. Nondimeno la nomina che avesse fatto l' *avo* di un tutore, *non era nulla*, ma non produceva i suoi effetti se non quando dopo la morte di lui essi non cadevano sotto la *potestà* del loro *padre*, sia perchè costui si trovasse *emancipato*, sia per altre cagioni:

.... Scire debemus, etiam *postumis filiis*, vel *nepotibus*, *vel ceteris liberis* licere *parentibus* testamento tutores dare, qui modo in ea causa sint, ut si *vivo eo nati fuerint*, *in potestate ejus futuri sint*, neque testamentum rupturi.

Item ignorandum non est, eum *qui filium in potestate* et *nepotem* ex eo aeque in *potestate* habebit, si *nepoti* tutorem dederit, ita *recte* dedisse videri, si *nepos* post mortem ejus in patris sui *potestatem recasurus non sit*: quod evenit, si vivo testatore filius in potestate ejus esse *desierit* (L. 1. § 1. e 2. D. lib. 26. tit. 2. de test. tut. Gajo, Comment. 1. § 146. Institut. lib. 1. tit. 13. § 3.)

Un tempo inoltre non si poteva nominare un tutore, se non con un *testamento*, perchè questa nomina andava regolata come l' *istituzione dell' erede*. Ma quando s' introdusse un' altra maniera di *testare*, la quale a-

(1) Ved. pag. 48, 49.
(2) Ved. pag. 255.

veva luogo per mezzo dei *Codicilli*, si ebbe per valida anche la nomina del tutore fatta con codesto atto:

> *Testamento* datos tutores accipere debemus etiam eos qui *codicillis testamento confirmatis* scripti sunt. (L. 3. ivi).

Ma se sotto questo rapporto la tutela testamentaria andava regolata come l' *istituzione di erede*, sotto il rapporto delle *modalità* si soleva regolare come i *legati* (1).

§ 10.

Continuazione — *Della tutela legittima in ispecie.*

Abbiam veduto come l' obbligo di provvedere all'*incapacità* delle persone in generale, e degli *impuberi* in ispecie, fosse, secondo l'antico Diritto, della Famiglia e della *Gens*, e passasse di poi allo Stato col mutamento della forma del Governo: e come ciò non ostante si lasciasse al *paterfamilias*, tanto nell' *antico* quanto nel *nuovo Diritto*, la facoltà di designare col suo testamento colui che dovesse esercitare questa *tutela*, scegliendolo tanto tra i membri della *Famiglia* e della *Gens*, quanto tra gli *estranei*, secondo meglio gli sembrasse (2). Così dunque la *tutela testamentaria* escludeva la *legitima*. In questo senso Ulpiano diceva, che fino a quando fosse sperabile la prima, non si potesse dar luogo alla seconda:

> Sciendum est, quamdiu *testamentaria tutela* speratur, *legitimam* cessare (L. 11. pr. D. lib. 26. tit. 2. de testam. tutela.)

Or la *tutela testamentaria* era possibile fino a che

(1) Ved. la Sez. 6.
(2) Pag. 348 e seg.

il testamento non divenisse inefficace (*infirmabatur*) per una delle cause di cui parlano le fonti concernenti codesto istituto (1), e fino a quando il tutore nominato potesse assumere la tutela, quantunque per *incapacità* o altra cagione fosse impedito di esercitarla immediatamente dopo la morte del testatore. I casi relativi all' una ed all' altra ipotesi erano parecchi; ma noi nel paragrafo seguente ne riporteremo soltanto alcuni che si possono intendere senza il soccorso di quelle cognizioni, le quali, secondo il rigore del metodo, vanno esposte in altra parte di questo nostro lavoro.

Siccome abbiamo osservato in altro luogo (2), la *tutela legitima* andava regolata, tanto nel *Diritto antico* quanto nel *Diritto nuovo*, nello stesso modo come andava regolata la *successione*.

> .... Ubi *successionis* est emolumentum, ibi *tutelae onus* esse debet (Instit. lib. 1. tit. 17).
>
> Quo *tutela* redit, eo *hereditas* pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt (L. 73. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

Ora nel *Diritto antico* l' eredità si deferiva in primo luogo a' membri della famiglia, *adgnati*; ed in loro mancanza alla *Gens*.

> Si (paterfamilias) intestato moritur, cui suus heres nec escit, *agnatus* proximus familiam habeto.
>
> Si *agnatus* nec escit, *gentilis* familiam heres nancicitor (Tab. 5) (3).

Perciò anche la tutela si deferiva in primo luogo agli *agnati*, ed in secondo luogo alla *Gens*. Se non

(1) Institut. lib. 2. tit. 10. e 27. D. lib. 28. tit. 1. (de testam.) Cod. lib. 6. tit. 23. (de testam.)

(2) Pag. 348 e seg.

(3) Ved. i PRIMI, lib. 4. cap. 2. e GAJO, Comm. 3. § 17.

che ne' frammenti delle XII tavole si parla soltanto della *tutela* degli *agnati*; tuttavia non è da dubitare che anche la *Gens* avesse il dovere di assumerla, sia come conseguenza de' rapporti tra la *hereditas* e la *tutela*, è sia perchè si trova ciò stabilito per la *curatela*, che come abbiam veduto non è che una trasformazione della *tutela*.

Si paterfamilias *intestato* moritur cui inpubes suus heres escit, *agnatus* proximus *tutelam* nancitor.

Si furiosus aut prodigus existat, ast ei *custos* nec escit, *agnatorum gentiliumque* in eo pecuniave jus potestas esto (Ivi) (1).

Coll' abolizione della *Gens* venne a cessare anche la successione, come narra Gaio (2); e colla *successione* in conseguenza venne a cessare la *tutela*. Rimase la sola tutela *agnatorum*, la quale si deferiva tenendo conto della prossimità della *linea* e del *grado*, escludendone per regola le *femmine*, le quali, come si è detto, erano *incapaci* dell' esercizio della *tutela* (3). Ma anche codesta specie di tutela venne ad essere modificata nel *Diritto nuovo*. Avendo Giustiniano tolta la differenza tra *agnati* e *cognati*, tanto l' *eredità* quanto la *tutela* furono deferite agli uni ed agli altri colle stesse regole del *Diritto antico*, tranne ciò che concerneva le *donne*, rispetto alle quali si fece eccezione soltanto per le *madri* e le *ave* (4).

Ex his autem quae de *hereditate* diximus et disposuimus, et quae de *tutela* sunt manifesta consistunt. Sancimus enim unumquemque secundum *gradum* et *ordinem* quo ad *hereditatem* vocatur, aut solum aut cum

(1) Ved. i Primi, lib. 4. cap. 2. tab. V.
(2) Comm. 3. § 17.
(3) Ved. il testo a pag. 354.
(4) Ved. la detta pag.

aliis, etiam *functionem tutelae* suscipere: nulla neque in hac parte *differentia introducenda* de *agnatorum* seu *cognatorum jure*; sed omnibus *similiter* ad *tutelam* vocandis, quique ex *masculorum*, quique ex *feminarum* prole descendunt, *minori* (1) conjuncti. Haec autem dicimus si *masculi* et *perfectae aetatis* sint, et nulla lege *prohibeantur tutelam suscipere*, neque *excusatione* competente sibimet utantur. *Mulieribus* enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi *mater* aut *avia fuerit*. (Nov. 118. cap. 5.)

Nell' antico Diritto erano state ricevute *tre* altre specie di tutele *legittime*, una delle quali riguardava i *servi manomessi*, e due i *figli emancipati* nell' età *impubere*. La prima fu chiamata *tutela patronorum*, e le due altre *tutelae fiduciariae*. Niuna di queste tutule però si trovava enunciata nelle *leggi delle XII tavole*, ma lá prima fu introdotta a similitudine della *tutela agnatorum*, e le due altre ad esempio della *patronorum*; e tutte *tre* come conseguenza (per *consequentiam*) o interpetrazione (*per interpretationem*) del medesimo principio sul quale si fondava la *tutela agnatorum*. La tutela de' *manomessi* dunque si deferiva al *manomittente*, che, come si sa, diventava *patronus* (2); quella degli emancipati all' *emancipante* (*parens*) o al *pater fiduciarius* (3).

Ex eadem *lege duodecim* tabularum *libertorum* et *libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet*; quae et ipsa *legitima tutela* vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela cavetur, set quia perinde accepta est per *interpretationem*, atque si verbis le-

(1) Qui *minor* sta in luogo di *pupillus* o *impubes*, come in altri luoghi.

(2) Ved. pag. 92 e 103.

(3) Ved. il modo come si faceva l' emancipazione ne' primi tempi e le persone che v' intervenivano, a pag. 261 e seg.

gis introducta esset: *eo* enim *ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere*, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et agnatos quos ad hereditatem vocavit, eosdem et *tutores* esse jusserat.

Exemplo patronorum etiam *fiduciariae tutelae* receptae sunt: eae enim tutelae scilicet *fiduciariae* vocantur proprie quae ideo nobis competunt, quia liberum caput *mancipatum* nobis vel a *parente comptionatore* manumiserimus. (GAIO, Comm. §§ 165 e 166.)

La *tutela patronorum* fu conservata nel *Diritto giustinianeo* nella sua forma primitiva e collo stesso nome; il perchè le parole di GAIO intorno a questa tutela, si trovano riprodotte nelle Istituzioni di GIUSTINIANO (1); ma le *fiduciariae* andarono soggette ad una *sostanziale* e *nominale* riforma, nata dal *nuovo modo* di *emancipare* che fu sostituito all' *antico*. Nel *nuovo Diritto* l' emancipazione era l' opera del solo *paterfamilias*, che le fonti appellano *parens*, forse con non molta proprietà, poichè l' *emancipante* poteva anche essere il *padre adottivo*, al quale mal si sarebbe applicato il nome di *parens* (2). Ma facendo astrazione da ciò, la tutela dell' *emancipante* prese il nome di *tutela parentum* (3).

Exemplo patronorum, recepta est et alia tutela, quae et ipsa *legitima* vocatur. Nam si quis filium, filiam, nepotem vel neptem ex filio, vel deinceps, *impuberes* emancipaverit, legitimus eorum tutor erit. (Inst. lib. 1. tit. 18.)

(1) Ved. lib. 1. tit. 17.

(2) La voce *parens* deriva da *pario* e suppone un genitore naturale. È sì certo che per *parens* s' intendesse il *genitore*, che talvolta s' incontra in antitesi di *pater*.

(3) Ved. la rubrica del tit. 8. lib. 1.

E il nome di *fiduciaria tutela* fu dato alla tutela che in caso di morte dell' *emancipante* venne attribuita a' suoi superstiti *fratelli* dell' *emancipato* pervenuti alla *pubertà* :

Est et alia tutela quae *fiduciaria* appellatur; nam si pater filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps, *impuberes* manomiserit, *legitimam* nanciscitur eorum *tutelam*. Quo defuncto, si *liberi* ejus virilis sexus existant, *fiduciarii tutores* vel fratris vel sororis efficiuntur. (Inst. in tit. 19.)

Giustiniano però non fece che riprodurre presso a poco le parole di Modestino (1). Ora non si sa perchè Modestino abbia dato il nome di *fiduciaria* a cotesta tutela, che alcuni malamente hanno attribuita a Giustiniano (2).

§ 11.

Continuazione — *Della tutela dativa in ispecie.*

La nomina del tutore era uno di quegli atti che per l' antico Diritto si dovevano celebrare con una certa *solennità* e con *certe condizioni*, la cui mancanza li rendeva nulli. Insomma era uno degli *acti legitimi*, come risulta da un noto testo di Papiniano :

Actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, *datio tutoris*, in *totum vitiantur* per temporis vel conditionis adjectionem (L. 77. D. lib. 50. tit. 16. de reg. jur.)

Ma non entrava nelle funzioni ordinarie de' Magistrati, o come dicono le fonti, non faceva parte nè dell' *impero* nè della *giurisdizione* loro (*neque imperii*

(1) Ved. L. 4. D. lib. 26. tit. 14. (de leg. tut.)

(2) Ved. Einn. Antiq. Rom. lib. 1. tit. 19. §. 8.

neque jurisdictionis). Il perchè non si poteva dare un tutore se non da chi vi fosse stato autorizzato o da una *legge* o da un *senatoconsulto* o da una *Costituzione del Principe*.

Tutoris datio neque imperii est neque jurisdictionis, sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum vel Princeps (1) (L. 6. § 2. D. lib. 26. tit. 1. de tutel.)

Di qui derivava che la *tutoris datio* non si poteva delegare:

Nec mandante Praeside alius tutorem dare poterit. (L. 8. ivi.)

Per questa ragione s' incontra nella storia di questo istituto giuridico un mutamento de' Magistrati che erano chiamati a nominare i tutori, poco conforme alla stabilità ordinaria per la quale si distingue il *Diritto Romano*. Così senza tener conto di quel che soleva praticarsi prima delle leggi *Atilia* e *Giulia Tizia*, abbiam veduto che, per virtù di queste leggi, in Roma i *tutori* si davano dal *Pretore* sulla proposta de' *Tribuni della plebe*, ed in Provincia dai *Presidi* (2). Di poi, ai tempi di Claudio (3) in Roma la nomina fu attribuita a' *Consoli*, ed a' tempi di Marco Antonino (4) fu restituita a' *Pretori*:

Sed ex his legibus (cioè la legge *Atilia* e *Giulia Tizia*) pupillis tutores desierunt dari, postea quam primum *Consules* pupillis utriusque sexus tutores ex *inquisitione* (5) dare coeperunt. Deinde *Praetor* ex constitutionibus (Institut. lib. 1. tit. 20. § 3.)

(1) Ved. la n. 3. della pag. seg.

(2) Ved. il testo a pag. 396.

(3) Ved. Vinnio lib. 1 tit. 20. § 3.

(4) Ved. ivi.

(5) L' Ottomano ed il Vinnio seguendo la parafrasi di Teofilo leggono *jurisdictione*. (Ved. le ragioni che adducono per giustificare codesta correzione ne'loro *Comentarii* al § 3. del lib. 1. tit. 20 delle Instit.)

A' tempi di GIUSTINIANO, in *Italia* (1), la nomina dei tutori apparteneva al *Prefetto della Città* o al *Pretore* se si trattasse di pupilli domiciliati in Roma (2) ; se in *provincia*, apparteneva a' *Presidi* o ai *Magistrati* col permesso de' *Presidi* :

> Sed hoc jure utimur , ut *Romae* quidem *praefectus urbis* vel *praetor*, *secundum suam jurisdictionem* (3); in *provinciis* autem *praesides* ex *inquisitione* tutores crearent , vel *Magistratus* jussu *praesidum* , si non sint *magnae* pupilli *facultates* (Ivi § 4.)

Ma codesto imperatore credette di semplificare tal parte della *competenza* dei magistrati nel rapporto delle *Provincie* collo stabilire che , dove il patrimonio dei pupilli non oltrepassasse i *cinquecento solidi* (*quingentos solidos*), i tutori potessero egualmente esser nominati senza il permesso dei presidi direttamente dai *defensores civitatum* , assistiti dal *Vescovo* del luogo (*religiosissimo antistite*), o altre pubbliche persone o magistrati , ed in *Alessandria* dal governatore della città (*juridico civitatis*) :

> Nos autem, per constitutionem nostram, hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec *expectata jussione praesidum*, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad *quingentos solidos* valeant , *defensores civitatum* una cum ejusdem civitatis *religiosissimo antistite*, vel alias *publicas personas* vel *magistratus*, vel *juridi-*

(1) Ved. la nota seg.

(2) Ved. la nota seg.

(3) Queste parole se conservassero il loro significato ordinario, o sarebbero in contraddizione col testo riportato a pag. 411, o proverebbero che la *tutoris datio* a' tempi di GIUSTINIANO competesse *jure jurisdictionis* e non *ex speciali concessione vel legis vel senatusconsulti vel principis*. Ma non è vera nè l' una nè l' altra cosa. Perciò il VINNIO dice : *Ut secundum jurisdictionem suam* , idem valeat , quod *secundum territorium jurisdictionis suae*. Puta , *Romae* dumtaxat, aut in *vicinis urbi municipiis* (Ved. Comm. Instit. lib. 1. tit. 20. § 4.)

cum Alexandrinae civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam praestanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt (Ivi, § 5).

Ma in quali casi si faceva luogo alla *tutela dativa?* Fino a quando, come si è detto, era sperabile il tutore testamentario, non era possibile la *tutela legitima*, la quale supponeva il caso che *non vi fosse stato* punto testamento, o che essendovi, o fosse stato *annullato* per difetto di forme o fosse divenuto *inefficace* per altre ragioni (1). Dunque quando il testamento esisteva, ma il tutore nominato non poteva per qualunque ragione esercitare il suo magistero, vi si suppliva colla *tutela dativa* e non colla *legitima*. Così se fosse stato nominato *sotto condizione*, o a cominciare *da un certo tempo*, o si trovasse *prigioniero* presso i nemici, doveva essere supplito da un tutore nominato in uno dei modi indicati in questo paragrafo.

. . . Si cui testamento tutor sub *condicione* aut *ex die certo* datus sit, quamdiu *condicio* aut *dies* pendet, tutor dari potest. (GAIO, comment. 1. § 186. Inst. lib. 1. tit. 20, § 1. L. 11. D. lib. 26. tit. 2. de test. tutel.)

Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus (*Atilia* et *Iulia* et *Titia*) tutor datur; qui desinit tutor esse, si is qui captus est, in civitatem reversus fuerit: nam reversus recipit tutelam *jure postiliminii* (GAJO, ivi § 187. Instit., ivi § 2.)

Egualmente se il più prossimo parente si trovava nella impotenza di esercitare la tutela, come quando fosse *prigioniero*, non si dava luogo alla tutela in favore del più lontano, ma alla *dativa*.

Si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato

(1) Ved. Instit. lib. 2. tit. 17. (*quibus modis testamenta infirmantur*). DONELLO, Comm. lib. 3. cap. 7. n. 1. e 3.

tutela non defertur..... sed interim a Praetore datur. (L. 1. § 2. D. lib. 26. tit. 4. de leg. tut.)

La nomina del tutore in questi ed altri casi poteva accadere di *ufficio* (1), o ad istanza di chiunque avesse avuto *interesse* o *dovere* di provvedere all' *incapacità* del pupillo. Perciò il farlo era *facoltativo* o *obbligatorio*. Era *facoltativo* pei *creditori*, pei *parenti*, per gli *affini*, pei *familiari*, per gli *amici*, per gli *educatori*. Era *obbligatorio* per la *madre*, l' *ava* ed i *liberti*:

Si minores non habent eos qui ex legibus sunt *defensores*, si quidem tutoribus indigent *propter aetatem*, *possunt* petere eis tutores constitui, *cognati*, *et qui secundum adfinitatem sunt*, *familiares parentum*, *masculorum et foeminarum*: *possunt* et *amici* parentum, et *educatores ipsorum* puerorum hoc petere.

Alii *voluntate* petunt tutores: sunt autem quidam quibus *est necesse* petere tutores, puta *mater* et *liberti*: ex his enim illa *damnum patitur*, hi autem et *puniuntur* si non petierint eos qui ex *legibus defensores* sunt. *Mater* enim *expellitur* a *legitima* filii hereditate, quasi existens *indigna* accipere hereditatem legitimam, negligens ei constitui tutorem..... *Liberti* autem ex his causis *accusati* apud praesidem *puniuntur*, ut emendentur, si apparuerint vel *propter negligentiam* vel *propter malitiam* non petiisse. (L. 2. pr. e § 1. D. lib. 26. tit. 6. qui petant tut.)

In tutti i casi, fuori delle dette persone, a niun altro era permesso o correva l' obbligo, non escluso lo stesso *pupillo*, di agire per la nomina di un tutore, per analogia di quel che si trova espressamente stabilito per la nomina del *curatore*.

An alius petere curatorem possit minori, quaesitum est? Et Ulpianus egregius ita scribit: non licere alium ei petere, sed ipsum sibi ipsi (Ivi § 5.)

(1) Ved. GOTOFREDO, n. alla L. 2. lib. 26. tit. 1. (de tutel.)

Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti (L. 86. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.) (1)

Non est exigendum a pupillo ut sibi tutorem petat (L. 2. D. lib. 26. tit. 1. de tutel.)

§ 9.

Della tutela delle donne *in ispecie* (tutela feminarum). *Origine.*

Qual è l' *origine* ed il *fondamento* della *tutela* delle *donne?* Secondo Cicerone, coloro che erano vissuti innanzi a lui *(majores)*, la facevano derivare dal difetto del sano *discernimento* (*infirmitas consilii*).

Mulieres omnes propter *infirmitatem consilii*, *majores* in *tutorum potestate* esse voluerunt (2).

Catone, presso Tito Livio, nell'opporsi alla dimanda che un'assemblea di donne avea presentata al Senato per l'abolizione della Legge *Oppia* sul *lusso*, dice che erano parecchie le ragioni per le quali gli antenati (*majores*) aveano assoggettate le donne alla *perpetua tutela*; ed egli vi aggiungeva anche il pericolo in cui sarebbe la società di vedere il *predominio* della donna sull'uomo, qualora fosse uguagliata ad esso nell' *esercizio* dei *diritti*:

Majores nostri, *nullam* ne *privatam* quidem *rem agere feminis sine auctore* voluerunt; in *manu* esse *parentum*, *fratrum*, *virorum*: nos (si Diis placet) jam etiam *rempublicam capessere* eas patimur..... Recensete omnia *muliebria jura*, quibus licentiam earum *adligaverint* majores nostri , per quaeque subjecerint viris:

(1) Ved. Donello, lib. 3. cap. 8. n. 1. a 3. e la nota 1.

(2) Pro Murena, cap. 12. Ved. pure dello stesso autore, Top. n. 11. Pro *Flacco* n. 34. Pro *Caecina* n. 25.

quibus omnibus constrictas, vix tamen continere potestis. Quid? Si.... ***exaequari ad extremum viris patiemini, tolerabiles vobis eas fore creditis?*** **Extemplo,** ***simul pares esse coeperint, superiores erunt*** **(1).**

Anche Gaio ricordò che gli antenati (*veteres*) solevano sottomettere le donne, divenute *puberi*, alla *tutela* per *leggerezza* dell'animo (*propter animi levitatem*), come aveva con altre parole detto Ciceroxe, eccettuandone soltanto le Vestali. Ma non credeva che quel sistema avesse un valido fondamento, non trovando una buona ragione (*pretiosa ratio*) per tenerle soggette alla *tutela* anche dopo la *pubertà*; e quella che se ne adduceva, la reputava più *speciosa* che *vera* (*magis speciosa quam vera*).

Veteres **voluerunt feminas, etiam si perfectae aetatis sint, propter** ***animi levitatem*** **in tutela esse....** ***exceptis Virginibus Vestalibus, quas veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt*** **(Comm. 1 § 144 145).**

Feminas perfectae aetatis in tutela esse, fere ***nulla pretiosa ratio*** **suasisse videtur; nam quae** ***vulgo creditur*** **quia** ***levitate animi*** **plerumque decipiuntur, et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis** ***speciosa*** **videtur quam** ***vera*****: mulieres enim, quae** ***perfectae aetatis*** **sunt,** ***ipsae sibi negotia tractant,*** **et in** ***quibusdam causis, dicis gratia,*** **tutor interponit auctoritatem suam:** ***saepe etiam invitus auctor fieri a Praetore cogitur*** **(Ivi, § 190.)**

Ulpiano riprodusse l'opinione che Cicerone e Gajo attribuivano agli antichi per giustificare la tutela delle donne, non solo senza la critica di Gajo, ma come opinione ammessa anche ai suoi tempi, a cui sembra che egli partecipasse, ed aggiungendovi inoltre una nuova ragione: cioè l'*ignoranza* delle cose *forensi*:

Tutores constituuntur tam ***masculis*** **quam feminis;**

(1) Lib. 34, cap. 2 e 3.

sed *masculis* quidem impuberibus duntaxat propter *aetatis infirmitatem*; *feminis* autem tam *impuberibus* quam *puberibus*, *et* propter *sexus infirmitatem*, et propter *forensium rerum ignorantiam* (Reg. tit. 11. § 1.)

Gl' interpetri antichi non conoscendo che soltanto i luoghi di CICERONE, T. LIVIO ed ULPIANO, e qualche altro di minore importanza (1), generalmente avevano ritenuto che la tutela delle donne avesse per fondamento una qualità che i prischi romani credevano propria del sesso femminile (2). Ma, dopo lo scoprimento delle Istituzioni di GAIO, codesto sistema venne abbandonato, e se ne pose in mezzo un altro, che si faceva risultare dal medesimo GAIO. Si credette che la tutela *feminarum* fosse stata introdotta per impedire che la donna sciupasse i beni a danno della *famiglia* (3). Codesta opinione si venne a stabilire generalizzando quel che GAIO diceva della sola *tutela* che competeva a' *patroni* sulle *schiave manomesse*, ed a' *padri* sulle *figlie emancipate*.

Sane *patronorum* et *parentum legitimae tutelae vim* aliquam habere intelliguntur, eo quod hi, neque *ad testamentum faciendum*, neque ad *res mancipi alienandas*, neque ad *obligationes suscipiendas auctores fieri* coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi, obligationisque suscipiendae interveniat; *eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat*. (Ivi, § 192.)

(1) Ved. OTTONE, de perpetua femin. tut. (Dissertaz. 4). EINN, Diss. de marit. tut.

(2) ISIDORO, Orig. lib. 9 in f. e gli autori cit.

(3) Ved. PUCHTA, § 352. MAYNZ, § 422.

Ma sembra che Gajo non avrebbe mancato di parlare di proposito di questo sistema, qualora avesse creduto che fosse stato applicabile a tutti i casi di *tutela* delle *donne*. Perciò è da ritenere piuttosto che codesta tutela non fosse nè *una misura legislativa* per provvedere a' *difetti* del *sesso*, nè una *misura economica* per conservare i beni nella famiglia donde derivava la donna; ma un *istituto politico*, richiesto da' rapporti in cui in taluni tempi le donne si son trovate collo STATO e colla *famiglia*, o in altri termini, derivasse dalla *forma del Governo*. Ma in questa ipotesi, quale potè esser la ragione *politica* da cui derivò la *tutela* della *donna*?

Ne' Governi *aristocratici* o *eroici* lo STATO si forma soltanto degli individui che sono atti a difenderlo col *senno* e colle *armi* (1); i quali perciò sono anche i soli *cittadini*, vale a dire le *persone capaci* de' *diritti civili* e *politici* (2). E se per gravi ragioni si accordano alcuni *diritti civili* anche a coloro che non possono nè nell' uno nè nell' altro modo concorrere al Governo dello STATO, se ne rende loro sempre o *impossibile* o *difficile* l'*esercizio*, attese le forme alle quali questo esercizio si trova ordinariamente soggetto. In tali condizioni appunto ne' *Governi aristocratici* furono sempre le *donne*, come risulta dalla *Storia antica* e del *medio evo* (3). Ora poichè le *donne* presso i Romani

(1) Ved. pag. 84. e *Laboulaye*, sur la cond. civ. e polit. des femmes, ch. 1. sect. 3.

(2) Anche Puchta (§ 302) e Jhering (§ 67) convengono che la tutela della donna abbia potuto avere per origine la restrizione della capacità politica della donna. E T. Livio nel luogo citato suppone la stessa cosa. Un recente scrittore l'attribuisce al governo *patriarcale* (SUMNER MAINE, Inst. primitive cap. 4). Ma questa spiegazione non esclude la nostra.

(3) Ved. OTTONE (ivi. cap. 2, Diss. 4).

ebbero in ogni tempo il *godimento* ma non l'*esercizio* di alcuni *diritti civili* (1), era necessario creare un istituto giuridico per completare la loro *personalità giuridica*, a simiglianza di altre persone che per altre ragioni erano nella medesima condizione di avere de' *diritti* e di non poterli *esercitare*. Ma trovando stabilita per gl' *impuberi* la *tutela*, fu la stessa estesa alle *donne*. Perciò in Roma la tutela della *donna* nacque e si mantenne in tutto il suo rigore per tutto il *primo periodo* (1 a 429), che come abbiamo dimostrato fu eminentemente *eroico* o *aristocratico* (2). E se s' incontra anche nel *secondo*, ciò si spiega col sistema proprio dei Romani di non abrogare espressamente alcuna istituzione, ma di lasciarla cadere col *non uso*. Inoltre, come risulta dal testo di Gaio, dopo il primo periodo avea perduta la sua primitiva importanza, in guisa che le donne o agivano indipendentemente da'tutori, o li adoperavano per apparenza (*dicis causa*); e se talora se ne sentiva il bisogno, i tutori erano anche contro voglia costretti a prestare il loro ministero. Anche in *Grecia* la *tutela* della *donna* non si trova se non nei tempi e presso le città in cui vigeva il governo *eroico* (3); e nel *medio evo* presso i soli *Galli* ed i *Germani* (4), i quali erano soggetti allo stesso governo per le medesime ragioni per le quali vi erano stati i *Romani* ed i *Greci* (5). La *tutela* della *donna* dunque non è nè

(1) Ved. pag. 133.
(2) Ved. la Storia, lib. 1.
(3) Ved. Gravina ivi. Einn. Antiq. lib. 1, tit. 13 § 16.
(4) Montesquieu, Esprit des lois, lib. 7, ch. 12. Ottone, op. cit. (Dissertaz. 4. cap. 2).
(5) Ved. Vico, Scienza nuova pag. 541; e la nostra Storia, ivi.

propria dei Romani, come sembra risultare da Gaio (1), nè pervenuta ad essi dalla Grecia, come sostennero alcuni (2); ma di tutte le nazioni (3), perchè tutte originariamente si trovarono nelle stesse condizioni (4).

§ 10.

Continuazione — Forme che assumeva la tutela delle donne.

La *tutela foeminarum*, a differenza della *tutela impuberum*, poteva avere sei differenti origini, e però poteva assumere sei differenti forme. Essa poteva essere: a) Testamentaria—b) Legitima—c) Fiduciaria—d) Elettiva—e) Cessizia—f) Dativa.

1.) Poteva il *padre* morendo destinare il tutore alle figlie *puberi*. Lo stesso poteva fare il *marito* rispetto alla moglie al tempo della *manus*, ed il *suocero* rispetto alla *nuora*. Ma non potendolo essi fare altrimenti che con *testamento*, la tutela perciò in questo caso appellavasi *testamentaria*:

> **Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent *testamento tutores dare*: masculini quidem sexus, *impuberibus* dumtaxat; *feminini* autem tam *impuberibus* quam *nubilibus* (Cajo, comm. 1, § 144).**
>
> ***Uxori* quae in *manu est*, proinde ac *filiae*; item *nurui*, quae in filii manu est, proinde ac *nepti*, tutor dari potest (Ivi, § 148.)**

(1) *Apud peregrinos non similiter ut apud nos, in tutela sunt feminae* (§ 193, ivi). Ved. pure a pag. 347 e 416 i due testi, nel primo de' quali attribuisce a tutti i popoli la tutela degl' *impuberi*, e nel secondo riprova quella della *donna*.

(2) De leg. et Senatusc. cap. 34. Ottone, de perpet. femin. tut. (Diss. 4).

(3) Ved. Brissonio, de ritu nupt. lib. sing. (de coempt.)

(4) Ved. la Storia, Intr. § 5 e seg.

2.) In mancanza di un tutore *testamentario* prendevano la tutela i più prossimi *agnati* della donna. In questo caso perciò la tutela si diceva *legitima.*

Quibus *testamento* quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tab. *agnati* sunt *tutores*, qui vocantur *legitimi* (ivi § 155.)

Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam *feminae agnatos* habebant tutores (Caio Ivi, § 157.)

Nel numero delle tutele *legitime* entravano anche la tutela del *patrono* sulla *schiava manomessa* e del *pater familias* sulla *figlia emancipata,* non perchè le leggi lo avessero espressamente dichiarato (*propalam*), ma per un' estensione di quel che le Dodici Tavole avevano stabilito per gli *agnati* (per *consequentiam*) (1).

***Legitimi tutores* sunt qui ex lege aliqua descendunt: per *eminentiam* autem *legitimi* dicuntur, qui ex *lege duodecim* tabularum introducuntur, seu *propalam*, quales sunt *adgnati*, seu per *consequentiam*, quales sunt *patroni* (Ulp. Reg. tit. II, § 3.)**

3.) Potevano il *padrone* che aveva *manomessa* la *schiava*, ed il *padre* che aveva *emancipata* la *figlia,* permettere che si lasciassero comperare da un terzo, il quale ordinariamente era un *amico vecchio* e *senza figli* (2). Tale vendita aveva per iscopo di sostituire alla *tutela legitima* un'altra forma di tutela meno onerosa per la *donna,* la quale aveva luogo in seguito della *manomissione* che seguiva immediatamente alla vendita, ed alla quale il compratore non si poteva rifiutare, perchè ne assumeva l' obbligo con la nota clausola della *fiducia* al tempo dell' acquisto. Questa nuova tu-

(1) Ved. i testi precedenti.

(2) Ved. Cic. pro Mur. cap. 12, Ad fam. lib. 2 epist. 19, Top. § 4.

tela apparteneva all' *acquirente*, ed è perciò che prese il nome di *fiduciaria*:

Si (*libertina*) sit a *masculo* manumissa, et auctore eo *coemptionem fecerit*, deinde remancipata et manumissa sit, *patronum* quidem habere *tutorem* desinit, incipit autem habere *eum* tutorem *a quo manumissa est*: qui *fiduciarius* dicitur (GAJO, Comm. 1 § 195).

Exemplo *patronorum* rursus *fiduciariae tutelae* receptae sunt *emancipatorum*, et quae *fiduciariae* vocantur proprie, quae ideo nobis competunt, quia *liberum caput* mancipatum nobis, vel a *parente*, vel a *coemptionatore manumiserimus* (GAJO, § 66 ivi. Ulp. Reg. tit. 11 § 5.)

4.) Il *marito*, che morendo poteva col suo testamento dare un tutore alla moglie nello stesso modo che poteva fare il padre rispetto alla figlia, come abbiam veduto, poteva anche accordare alla *moglie* il diritto di scegliersi un *tutore* in un modo *pieno* o *limitato*. Nel primo caso ella poteva scegliersi un *secondo tutore* in luogo del *primo*, un *terzo* in luogo del *secondo*, e così di seguito per tutta la vita; nel secondo caso aveva diritto di scegliersi il tutore tante volte soltanto quante gliene erano state espressamente concedute. In tutti i casi il *tutore* dicevasi *ottivo* o *elettivo* (*optitius tutor*).

In persona *uxoris*, quae in *manu est*, recepta est etiam *tutoris optio*, id est ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi *optare* (GAJO, Ivi § 150.)

Ceterum aut *plena optio* datur aut *angusta* (Ivi, § 151).

Quae *optiones* plurimum inter se differunt; nam quae *plenam optionem* habet, potest *semel*, et *bis*, et *ter*, et *saepius* tutorem *optare*. Quae vero *angustam* habet *optionem*, si duntaxat *semel* data est *optio*, amplius quam *semel optare* non potest: si tantum *bis*, amplius quam *bis* optandi facultatem non habet. (Ivi § 153).

Vocantur autem hi qui nominatim *testamento* tutores dantur, *dativi*; qui ex *optione* sumuntur, *optivi* (Ivi, § 154.)

5.) I *tutori legitimi* potevano *cedere* ad altri la *tutela,* ed allora il tutore si appellava *cessizio (cessitius tutor).* Alcuni ne escludevano i *fiduciarii,* ma GAIO distinse gli *estranei* da' *padri manomissori.* Imperocchè quando essi avessero *manomesse* le figlie che erano state loro *remancipate* in esecuzione del patto col quale le aveano date in *mancipium,* non cessavano di essere *legitimi* (1).

Agnatis, qui *legitimi tutores* sunt, item *manumissoribus* permissum est, *feminarum tutelam* alii in *jure cedere* (GAJO, Ivi, § 168, Ulp. Reg. tit. 11, § 6.)

Is cui *tutela* in jure cessa est, *cessitius tutor* appellatur (Ulp. ivi, § 7.)

Sed *fiduciarios* quoque quidam putaverunt cedendae tutelae jus non habere, cum ipsi se oneri subjecerint. Quod et si placeat, in *parente* tamen, qui *filiam neptemve* aut *proneptem* alteri ea lege *mancipio* dedit, ut sibi *remanciparetur, remancipatamque manumisit,* idem dici non potest, cum is et *legitimus tutor* habeatur, et non minus huic, quam *patronis* honor praestandus est (Ivi, § 172).

6.) In mancanza di qualunque altro tutore veniva nominato dal Pretore nello stesso modo che si faceva pei pupilli (2), salve alcune eccezioni (3).

§ 11.

Continuazione — *Poteri del tutore.*

La *tutela feminarum,* qualora fosse vero che avesse avuto per origine sia il difetto di discernimento (*infirmitas consilii*) secondo CICERONE, sia la debolezza del

(1) Ved. § 4 cap. 2.

(2) Ved. pag. 410.

(3) Ved. ULPIANO, tit. 11. §§ 18. e seg. e GAJO, Com. 1. §§ 185, e seg.

sesso (*infirmitas sexus*) secondo ULPIANO, avrebbe avuto senza dubbio per oggetto l'*integrazione* della *personalità* della donna, come la *tutela impuberum*, la quale era destinata ad *integrare* la *personalità* del *pupillo*. Ma ammessa la nostra ipotesi, si deve ad essa attribuire un altro scopo. Pare dunque che fosse stata introdotta per *ristabilire* l' *uguaglianza* della donna quanto all' *esercizio* de' *diritti civili*, di cui era privata per *ragioni* puramente *politiche*. Di qui deriva la differenza che passava tra il *magistero* del tutore delle *donne* e quello del tutore de' *pupilli*.

Codesta differenza è nettamente designata da ULPIANO: sappiamo che il tutore de' *pupilli* agiva *aut suscipiendo negotia pupilli, aut administrando, aut interponendo auctoritatem* (1); ma il tutore della *donna* era chiamato soltanto *ad interponendam auctoritatem*:

> Pupillorum pupillarumque tutores et *negotia gerunt* (2) et *auctoritatem interponunt*: *mulierum* autem tutores *auctoritatem dumtaxat interponunt* (Reg. tit. 11. § 25.)

Anzi non tutti gli affari nei quali i tutori de' pupilli erano chiamati ad interporre l' *auctoritas*, richiedevano egualmente quella del tutore della donna. Anche questa limitazione al di lui *magistero* risulta da ULPIANO:

> *Tutoris auctoritas* necessaria est mulieribus quidem in *his rebus*, si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est (Ivi, §. 27.)

(1) Ved. pag. 374.

(2) *Gerere negotia* equivale a *suscipere negotia*, in antitesi di *interponere auctoritatem*.

Gaio perciò parlando del *mutuo* diceva che la donna poteva bene *dare* e *ricevere* a *mutuo* senza l'*auctoritas tutoris*, mentre il pupillo non poteva fare nè l' una nè l' altra cosa.

.... Si quando mulier *mutuam pecuniam* alicui sine *tutore auctore* dederit, quia facit eam accipientis cum scilicet ea pecunia res *nec mancipi* sit, *contrahit obligationem* (Comm. 2. §. 81. e 3. §. 107. e seguenti).

Lo stesso era stato detto da Cicerone circa il pagamento (*solutio*):

Non, quemadmodum quod mulieri debeas, recte ipsi mulieri *sine tutore solvas*, ita quod pupillae aut pupillo debeas, recte possis eodem modo solvere (1).

Boezio comentando il luogo di Cicerone rende ragione della differenza, argomentando dalla durata della tutela delle *donne* e dei *pupilli*, la quale per le une era *perpetua*, e per gli altri *temporanea*, e dall'*amministrazione* permessa alle *donne* e non ai *pupilli*:

Differt persona mulierum a *persona pupillorum*, vel in eo, quod pupilli non *perpetua* reguntur tutela, mulieres vero *perpetua*; vel quod pupillus nullum suae etiam ministrandae utilitatis iudicium habere potest: cum sit aliquis mulieribus, etsi non firmus, in explicanda familiari re *intellectus*.

Or codesta spiegazione si concilia coll' opinione volgare circa l' origine della *tutela* delle *donne*, ma non ha alcuna importanza nella nostra ipotesi.

§ 12.

Continuazione — *Come e quando venne a cessare.*

La prima legge che modificò il sistema antico intorno alla *tutela* delle *donne*, fu la Papia Poppea, la qua-

(1) Top. cap. 11.

le dichiarò che le donne *ingenue* madri di *tre figli* andassero esenti da qualunque *tutela* ; e le *libertine*, se madri di *quattro* figli, da ogni tutela ed anche da quella del patrono; se di *tre*, solo dalla *dativa* e dalla *fiduciaria* (1).

.... Ex lege Julia et Papia Poppea, *jure liberorum* a *tutela* liberantur feminae (Gajo Comm. 1. § 145).

Tutela autem liberantur *ingenuae* quidem *trium liberorum*, licet in *legitima tutela* sint; libertinae vero *quatuor*, si in patroni liberorum re ejus legitima tutela sint; nam et *caeterae*, quae alterius generis tutores habent, velut *Atilianos* aut *fiduciarios*, trium liberorum jure liberantur (Gajo, Comm. 1. § 194) (2).

Ai tempi dell'imperatore Claudio il sistema fu soggetto a nuove riforme per virtù di una legge, che portava il suo nome (*lex Claudia*), intorno alla quale gl'interpetri antichi non erano di accordo. Ma qual era la causa di questa discrepanza di opinioni? Una delle forme che assunse codesta tutela fu, come si è veduto, la *legittima*, e si disse così la tutela che si esercitava dagli *agnati* , i quali, a differenza di tutti gli altri che pur potevano esser chiamati ad esercitarla, aveano la facoltà di *cederla*. Ora un frammento di Ulpiano , allora soltanto noto, che parlava di questa tutela e della *lex Claudia* che vi avea relazione, conteneva una voce , la quale secondo la primitiva lezione alcuni credevano *corrotta*, altri *genuina* , e che secondo l' una o l' altra ipotesi menava a conseguenze differenti (3). Cujacio aveva

(1) Ved. appresso.

(2) Questo testo si trova diversamente corretto presso gli autori.

(3) Secondo l' antica lezione il frammento era così concepito: « Foe« minarum legitimas tutelas lex Claudia *sustinet*. » Cujacio alla parola *sustinet* avea sostituito *sustulit*. Questa correzione non piacque a molti (Ved. la Storia di questa discussione in Gravina, de leg. ec. cap. 34).

creduto che quella voce fosse *corrotta*, e sostituendone ad essa un'altra, opinava che la legge avesse *abolito* la *tutela* degli *agnati* (1); altri al contrario, che la reputavano *genuina*, dicevano che la legge avesse confermata la *tutela legittima* ed abolito solo il *potere* di *delegarla* ad altri (2). Ma l'opinione di Cujacio si è trovata conforme all'avviso di Gajo.

Sed olim quidem, quantum ad legem duodecim tabularum attinet, etiam *feminae agnatos* habebant *tutores*; sed postea *lex Claudia lata est*, quae, quod ad *feminas* attinet, *agnatorum tutelas sustulit*. Itaque masculus quidem impubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem; feminae vero *talem* habere *tutorem* non amplius possunt (Ivi, § 157 e 171).

Essa così modificata durava ancora ai tempi di Gajo e di Ulpiano, i quali ne parlano come di un'istituzione vivente (3); non che ai tempi di Diocleziano, siccome risulta dai *Frammenti Vaticani*.

Divi Diocletianus et Constantius Aureliae Pantiae. Actor rei forum sequi debet, et mulier quoque facere procuratorem sine *tutoris auctoritate* non prohibetur: si quam itaque habes actionem, experiri magis jure, quam adversus ea pro tuo statuta sunt, quaecumque postulare debes (Frag. vat. § 325).

Alcuni pretendevano che fosse in vigore anche sotto Costantino (4) e Leone (5). Ma questa opinione si fonda sopra un testo del Cod. Teodosiano, il quale se

Ma la correzione è stata accettata dai moderni, essendosi trovata la stessa voce in Gajo (Ved. il seg. testo).

(1) Paratitla alla L. un. Cod. lib. 5 tit. 30. (de leg. tut.)

(2) Ved. Einn. Antiq. rom. lib. 1. tit. 13. § 23.

(3) Ved. i luoghi cit. e quelli che sieguono.

(4) Ved. il testo seg.

(5) Ved. Einn. ivi, § 24.

si applicasse alla *tutela feminarum* non si saprebbe conciliare con quello di GAJO (1).

Ma di poi non se ne incontra più traccia. Onde GIUSTINIANO non trattò se non della sola tutela *impuberum*.

SEZIONE 5.

Della CURATELA *in ispecie*

§ 1.

Generalità.

Il difetto d' *intelligenza* e di *ragione* può derivare non solo dall' *età*, ma eziandio da un vizio della mente (2). In questa condizione si trovavano i *furiosi*, i *dementi* ed i *prodighi* (3). Ecco perchè le fonti parlando di loro dicono anche che non possono provvedere a' loro interessi per mancanza di *volontà*:

> ***Furiosum*** **sive stipuletur, sive promittat, nihil agere *natura* manifestum est (L. 1. §. 12. lib. 44. tit. 7. de obl. et act. L. 70. §. 4. lib. 46. tit. 1, de fidejus. et mand.)**
>
> **Obligari potest paterfamilias suae potestatis, *pubes, compos mentis* (L. 45. D. lib. 44. tit. 7. de obl. et art.)**
>
> **Furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit nulla voluntas est (L. 40. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.) (4).**

In conseguenza la loro personalità aveva bisogno di essere *integrata,* come quella de' pupilli (5).

(1) L. 2, Cod. Theod. lib. tit. (de tut. creand.)
(2) Ved. cap. 1. §. 4.
(3) Ved. pag. 58 e 59.
(4) Ved. gli altri testi alla pag. 58. L. 1.
(5) Ved. pag. 344 e seguente.

Ora fino a quando erano *impuberi*, l' incapacità nascente dall' *età* si confondeva con quella derivante dal *vizio* di *mente*, e però la loro personalità s'*integrava* colla *tutela*.

Qui habet tutorem (pupillus vel pupilla), si *furere* coeperint, in ea causa sunt, ut in *tutela* nihilominus durent: quae sententia Quinti quoque Mutii fuit, et a Juliano probatur: eoque jure utimur, ut *cesset cura*, si tutulae aetas indigeat. Quare si tutores habent, per furorem in *curam* non rediguntur: sive non habent, et furor' eis accesserit, nihilominus *tutores* accipere poterunt; quia Lex 12. Tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat. (L. 3. pr. D. lib. 26. tit. 1. de tut.)

In questo senso le fonti parlando di questo istituto giuridico non fanno alcuna distinzione di coloro che vi andavano soggetti. Il bisogno dunque di ricorrere ad un nuovo mezzo d' *integrazione*, cominciava colla *pubertà*. Codesto nuovo istituto giuridico era la *curatela* (*cura* o *curatio*). La *curatela* dunque si applicava per regola a coloro che erano usciti dalla *impubertà* (1).

Tuttavia per eccezione si soleva ricorrere alla *curatela* anche durante l' *impubertà* di una persona; e questi casi sono tutti quelli ne' quali il *tutore* non poteva funzionare per cagioni temporanee ed accidentali.

Interdum et *pupilli curatores* accipiunt; utputa si legitimus *tutor* non sit idoneus. Quoniam *habenti tutorem tutor dari non potest*. Item si testamento datus *tutor*, vel a Praetore, vel a praeside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudolenter negotia administret, solet ei *curator* adjungi. Item loco *tuto-*

(1) Ved. i testi che seguono.

rum, qui non in perpetuum, sed ad *tempus* a tutela excusantur, solent *curatores* dari (Instit. lib. 1. cap. 23. §. 5.)

Anzi, a differenza della *tutela* che non si applicava mai durante la *patria potestà*, soleva talvolta anche in questo caso ricorrersi alla *curatela*, come accadeva quando il *paterfamilias* era fatto prigioniero di guerra.

Ei, cujus pater in hostium potestate est, *tutorem* dari (non) posse, palam est: Sed si datus sit, an in pendenti sit datio, quaeri potest? Et non puto datiónem valere: sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque si nunquam pater ab hostibus captus fuisset. Imo *curator* substantiae dari debet, ne in medio pereat. (L. 6. §. 4. D. lib. 26. tit. 1. de tut.)

La *curatela*, come la *tutela*, e per le medesime ragioni (1), dovè essere in uso presso i Romani fin dai primissimi tempi. Tuttavia le fonti ne attribuiscono l'istituzione alle Leggi delle XII tavole (2). Anzi secondo Cicerone parrebbe che fosse stata istituita per provvedere soltanto all'*incapacità* de' *furiosi*.

Si *furiosus* existat agnatorum gentiliumque in *eo pecuniaque* ejus, potestas esto. (3)

Sotto il nome di *furiosi* però andavano compresi anche coloro che erano *dementes*, *imbecilli*, *fatui* (4). Quanto a' *prodighi*, sebbene le fonti (5) attribuissero l'istituzione della *curatela* anche alle LL. delle XII tavole, i seguaci della precedente opinione la fanno derivare dall'interpetrazione de' giureconsulti (6).

Per circa sei secoli la *curatela* non si applicò se

(1) Ved. pag. 394. e seg.
(2) Ved. i testi che seguono.
(3) De inv. lib. 2. cap. 50. Tusc. lib. 3. cap. 5. Ad Heren. cap. 13.
(4) Ved. Brissonio sotto queste voci.
(5) Ved. i testi seguenti e specialmente quelli riportati al § 4.
(6) Ved. Vinnio, Com. inst. lib. 1. tit. 13. §. 3.

non a coloro che erano privi d'*intelligenza* o di *ragione* per *vizio* di *mente*, come si è detto; ma quando per le ragioni che abbiamo enunciate altrove, alla distinzione de' *puberi* e degli *impuberi* si venne ad aggiungere l'altra de' *majores* e *minores* (1), allora per provvedere all' *incapacità* de' *minores*, dopo che i rimedii introdotti dal *Diritto pretorio* riuscirono di niuna o poca importanza (2), s'intese il bisogno di un istituto giuridico il quale potesse *integrare* la persona anche dei *minores*, ad esempio degl' *impuberes*, dei *furiosi* e dei *prodighi*. Ora non volendo o non potendo creare un istituto giuridico particolare per questo nuovo caso d'*integrazione*, si venne a scegliere fra la *tutela* e la *curatela*, e si preferì quest' ultima perchè la condizione dei *minores* si assimilava molto a quella dei *prodighi*.

Uno dei caratteri pei quali la *curatela* si distingueva dalla *tutela* concerneva il *magistero* dei *curatori*, il quale, come vedremo (3), era limitato ad *integrare* la *personalità* di coloro che vi andavano soggetti solo quanto agli *atti* relativi all' *uso presente della vita*, che, come dicemmo altrove (4), nella *tutela* avevano relazione col *patrimonio*, tranne il caso della *curatela* dei *furiosi*, rispetto ai quali si estendeva anche all' *uso futuro della vita*. Or questo carattere proprio della *curatela* dette occasione ai giureconsulti ed ai Pretori di applicarla anche ad altri *casi particolari*, dove non si trattava d'*integrare* alcuna *personalità*, ma di provvedere soltanto al *patrimonio* di alcuni individui, i quali sebbene possedessero l'*integrità* della *persona*,

(1) Ved. pag. 63 e seguente.
(2) Ved. pag. 70.
(3) Pag. 433 e seg.
(4) Ved. §§. 2 e 3 della Sez. preced.

fossero nondimeno nell' impossibilità di farlo da sè, e di alcuni *enti* puramente *giuridici*. Così, mentre la *tutela* si restringeva solo agl' *impuberi* secondo l' ultimo stato della legislazione, la *curatela* si estese ad una moltiplicità di casi, varii, e spesso in opposizione fra loro. Questi casi si trovano enumerati in un frammento di ERMOGENIANO destinato a determinare i *munera personalia* (1).

Aeque personale munus est *tutela*, *cura* adulti furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum, et similia: sed et in bonis, cujus officio usucapiones interpellantur, ac ne debitores liberentur, providetur: item ex Carboniano Edicto bonorum possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis *curator* datus *personali* fungitur *munere*. His similes sunt bonis dati curatores, quae fuerunt ejus qui ab hostibus captus est, et reverti speratur. Item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario jure successit, curatores constituti. (L. 1. §. 4. D. lib. 50. tit. 4. de muner. et honor.)

Come è facile comprendere la *curatela vera* o *tipica* era quella di cui abbiamo discorso, vale a dire la *curatela* che aveva per oggetto l' *integrazione* della *personalità* dei *furiosi, prodighi* e *minori*. In tutti gli altri casi non vi era di comune che il solò nome, o se si vuole un' *imagine* della vera *curatela* (2). Perciò non ci sembra esatto il distinguere la *curatela* in *personale* e *reale*, *perfetta* ed *imperfetta*, *generale* e *speciale* (3). Ma se è necessario fare una classificazione delle *curatele*, pare che con più proprietà si possano distinguere in *normali* ed *anormali*.

(1) Ved. pag. 132 — DONELLO, lib. 6. cap. 23.

(2) DONELLO, ivi.

(3) MAKELDEY, § 636

Egualmente non è conforme al metodo sistematico di parlare delle *curatele anormali* insieme alle *normali*, perchè si è obbligato o a parlarne incompiutamente, o a fare delle digressioni sempre imperfette. Perciò noi ci limiteremo qui a discorrere soltanto delle *normali* (1).

§ 2.

Concetto della curatela.

Se si ammette, come sembra probabile, che originariamente la *curatela* si applicasse a' soli *furiosi (furiosi)*, tra questo istituto giuridico e la *tutela* non vi sarebbe stata alcuna differenza nè quanto alla *missione*, nè quanto all' *estensione*. Imperocchè, come dimostrammo (2), per lungo tempo anche dopo le Leggi delle XII tavole i tutori non agivano altrimenti che *suscipiendo negotia pupillorum*. Ora, come vedremo, anche i *curatori* dèi *furiosi* in tutti i tempi esercitarono il loro *magistero* nello stesso modo, per una necessità derivante dalla condizione personale de'*furiosi*, i quali essendo assolutamente incapaci d'*intendere* e di *volere*, e non potendo in nessuna maniera prender parte agli atti nei quali erano interessati, i *curatori* si trovavano obbligati a farli in nome e nell'interesse proprio, salvo a cederne le ragioni ad essi qualora avessero riacquistata la *intelligenza*, o a'loro eredi dopo la loro morte: del quale sistema rimasero le tracce nel *Diritto nuovo*.

.... Sancimus *furiosum* quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere:

(1) Ved. DONELLO, ivi.
(2) Pag. 369

curatori autem ejus licentiam damus (immo magis necessitatem imponimus).... bonorum possessionem agnoscere (L. 7. §. 3. Cod. lib. 5. tit. 70. de curat. fur. vel pro.)

In questa ipotesi però potrebbe sembrare ozioso l'uso di due istituti giuridici differenti per un medesimo scopo; ma se si pon mente ai doveri di colui che dovea *integrare* la personalità del *pupillo*, e a quelli di chi doveva *integrare* la personalità del *furioso*, si troverà tale differenza che giustifica l'uso di un doppio istituto giuridico. L'uno e l'altro dovevano senza dubbio prender pensiero della persona incapace; ma il secondo doveva inoltre *custodirlo*; ed è forse questa la ragione perchè il curatore fu chiamato originariamente *custos*, a differenza del *tutore* che fu chiamato *tuitor* o *defensor*; e la curatela *custodia* (1).

Il concetto della *curatela*, sempre nella stessa ipotesi, si dovette modificare quando si estese anche ai *prodighi*, poichè la loro condizione *psicologica* era naturalmente differente, essendo essi privi della sola ragione (*judicium*), e non anche dell' intelligenza (*intellectus*) (2); ed è per questo motivo che le fonti assimilano il *prodigo* al *furioso* solo quanto al difetto di volontà (*voluntas*) (3). I *prodighi* perciò non sono assolutamente incapaci di *esercitare* i loro diritti, ma hanno bisogno di essere diretti ed ajutati coi saggi suggerimenti, o come dicono le fonti, col *consiglio* (*consilio*).

D. Pius, matris querelam de _filiis prodigis_ admisit,

(1) Se si ammettesse l' opinione del Gravina che le XII tavole derivano dal Diritto della Grecia, si avrebbe un altro argomento nell' uso che era in Attica di chiudere il furioso in una prigione. (Ved. Gravina de jur. nat. et gent. cap. 26.) Ved. l'ultimo testo a pag. 437.

(2) Ved. pag. 58 e 59 — Gravina, ivi.

(3) Ved. il testo a pag. 59.

ut *curatorem* accipiant in haec verba : non est novum quosdam , etsi *mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse*, tamen sic *tractare bona* ad se pertinentia, ut nisi *subveniatur* his , *deducantur in egestatem* : eligendus itaque erit qui eos *consilio regat* : nam equum est prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, *furiosum faciunt exitum* (L. 12. §. 2. D. lib. 26. tit. 5. de tutor. et curator.)

La persona dunque dei *prodighi* si soleva *integrare* mediante il concorso del *curatore* negli atti ai quali erano interessati.

Codesto modo d' *integrare* la personalità fu di poi applicato anche ai *minores*, rispetto ai quali le fonti tengono presso a poco il medesimo linguaggio (1). Ora parrebbe che l' *integrazione* della persona dei *prodighi* e dei *minori* fosse anche simile a quella dei *pupilli*, come abbiam veduto. Tuttavia non è così: perchè il *tutore* faceva suoi gli atti del *pupillo* (*auctor fiebat*), ma il *curatore* annuiva soltanto agli atti dei *prodighi* e dei *minori*, vale a dire prestava il *consenso* (*consentiebat*). Codesta differenza risulta nettamente dalla rubrica del titolo 8. del lib. 26 del Digesto, dove si distingue l' *auctoritas tutorum* dal *consensus curatorum*. (2)

Chi tuttavia cercasse sotto questa rubrica le pruove della distinzione, si troverebbe ingannato, perchè quel titolo si occupa soltanto dell' *auctoritas*. Ma quel che manca in questo luogo si trova enunciato in altri testi riportati in altre parti delle fonti (3).

(1) Ved. il testo a pag. 70.

(2) *De auctoritate et consensu tutorum vel curatorum*. È vero che queste voci qualche volta si usano l' una invece dell' altra, ma è una improprietà di linguaggio di cui si trovano rarissimi esempii.

(3) Ved. alcuni di questi testi. p. e. L. 17. §. 1. D. lib. 47 tit. 1. (de appell.) 2. Cod. lib. 3. tit. 6. (qui leg. pres. ec.)

Quanto alla *forma pratica di consentire*, non vi sono regole particolari come avveniva per l' *auctoritas*. In conseguenza si applicava il *Diritto comune*. Ora per *Diritto comune* si poteva consentire *espressamente* e *tacitamente*; a *parole* ed in *iscritto*; *prima* e *dopo* di un negozio giuridico; *puramente* e *sotto condizioni*, come vedremo in altro luogo di questo lavoro (1).

Se le cose precedenti son vere, ci conviene necessariamente rigettare due opinioni generalmente ammesse nella scuola, intorno ai caratteri differenziali della *tutela* e della *curatela*. Gl' interpetri antichi (2), seguiti da parecchi interpetri moderni, distinguono la *tutela* dalla *curatela* quanto all' *oggetto*, restringendo la *tutela* alla *persona* dell' *incapace* e la *curatela* al *patrimonio*. Senza dubbio alcuni testi si prestano a questa interpetrazione; ma non bisogna farsi ingannare dal loro senso letterale, perchè tanto nella *tutela* quanto nella *curatela* è sempre una *personalità incompiuta* che si cerca d' integrare con l'uno o coll' altro istituto (3).

Gl' interpetri *moderni* poi dicono quasi tutti che la *tutela* si distingue dalla *curatela* pel modo di esercitarne il *magistero*; perchè i *tutori* l' esercitano per mezzo dell' *auctoritas*, ed i *curatori* mediante il *consensus* (4). Ma abbiam veduto come il *magistero* del

(1) Ved. MAYNZ, §. 424. n. 28.

(2) GRAVINA (de jur. nat. et gent. cap. 26. HILLINGERO, nota a Donello lib. 3. tit. 18. n. al n. 13.

(3) Fra gl'interpetri antichi che riconoscono questa verità, ved. VINNIO (Comm. al lib. 1. tit. 23 delle Istituzioni pr.) e (DONELLO, lib. 3. cap. 17 n. 3.) Codesto autore in ispecie trova tanta simiglianza anche sotto questo rapporto tra la *curatela* e la *tutela*, che la reputa pure una *limitazione* della *personalità*, come per la *tutela* (ivi, num. 4. Ved. pure la pag. 368. h. op.

(4) Ved. in particolare MAKELDEY, §. 635. MAYNZ, §. 422.

tutore assumesse cinque forme differenti, mentre quello del *curatore* ne assumeva quattro, ed alcune di queste erano anche comuni col *magistero* del *tutore* (1).

§ 3.

Magistero e poteri dei curatori. (2)

Il magistero dei *curatori* (*officium*) non è solamente diverso da quello dei *tutori*, come abbiamo dimostrato, ma non è lo stesso neppure nel rapporto dei *curatori* stessi. I *curatori* dei *furiosi* dovevano provvedere non solo al *patrimonio* di costoro, ma anche alla *persona* sotto il rapporto del *corpo* e della *mente*.

> *Consilio* et *opera curatoris tueri* debet non solum *patrimonium*, sed et *corpus* et *salus* furiosi (L. 7. D. lib. 27. tit. 10, de curat. fur. ecc.)

Anzi dovevano badare ancora alla *sicurezza* tanto del furioso, quanto de' terzi.

> Divus Marcus et Commodus *Scapulae Tertyllo* rescripserunt in haec verba: si tibi liquido compertum est, *Aelium Priscum* in eo furore esse, ut *continua mentis alienatione omni intellectu* careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam, potes de modo poenae ejus dissimulare, *cum satis furore ipso puniatur*: ei tamen *diligentius custodiendus* erit, ac si putabis, etiam *vinculo coercendus*: quoniam tam ad poenam, quam ad *tutelam* ejus et *securitatem proximorum* pertinebit..... Nam *custodes* furiosis non

(1) V. pag. 374. ed il §. seg.

(2) Questo argomento è stato trattato dal Donello con tanta esattezza e precisione, che ci sembra non potersi fare di meglio (Ved. lib. 3. cap. 21). Noi, compendiando il suo lavoro, ne abbiamo disposto la materia con un ordine più semplice, aggiungendo alcune cose che non si trovano nello stesso.

ad hoc solum adhibentur, ne quid *perniciosius ipsi* in se moliantur, sed ne *aliis quoque* exitio sint: quod si committatur, non immerito culpae eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio suo fuerint (L. 14. D. lib. tit. 1. tit. 18.)

Ora le fonti non dicono, come fanno pei pupilli, in qual modo i *curatori* dovevano compiere questa parte del loro *magistero*. Ma è facile comprendere che essi dovessero *alimentare* il *furioso*, come il *tutore* doveva *alimentare* il pupillo, e fare tutto quello che era necessario per ridonargli l' *uso futuro* della vita, non coll' *educazione*, come accadeva del *pupillo*, perchè sarebbe stata inutile, ma adoperando i mezzi che la medicina del tempo poteva suggerire per *riorganizzare* la *mente* (*sanitatem recipere*) (1).

Le fonti non dicono neppure se il *curatore* fosse *arbitro* di provvedere alla sorte del *furioso* nell' una e nell' altra maniera, o se dovesse, come accadeva coi *pupilli*, dipendere dall' *avviso* dei parenti e del pretore, qualora non esistesse alcuna disposizione del *padre* del *furioso*. Ma argomentando per *analogia* da quel che si trovava stabilito per la tutela, è da credere che si dovessero seguire i medesimi *criterii* (2).

Invece i *curatori* de' *prodighi* e de' *minori* dovevano soltanto provvedere al *patrimonio* (3). Ma anche rispetto a questo, il *magistero* dei curatori dei furiosi si distingueva da quello dei *curatori* dei *prodighi* e dei *minori*, circa il modo di esercitarlo (4). Ma che cosa diremo intorno ai poteri (*potestas*)? Anche qui forse è necessario distinguere i rapporti tra gli stessi

(1) Ved. l' ultimo testo a pag. 441.

(2) Ved. §. 7. del cap. preced.

(3) Ved. i testi seg.

(4) Ved. pag. 431.

curatori, e quelli tra i *curatori* ed i *tutori*? Par certo che tra i *curatori* non si ammettesse alcuna differenza, perchè tutti egualmente erano assimilati a' *tutori*.

Quae in *tutore* diximus, eadem *in curatore* quoque *furiosi* dicenda erunt: sed et in *prodigi* vel *minoris viginti quinque annis* (L. 4. §. 25. D. lib. 44. tit. 4. de dol. mal. et met. except.)

Nè questa identità risulta soltanto da' casi particolari, ma dal modo generale onde vennero concepite alcune rubriche de'due libri del Digesto 26 e 27 concernenti i *poteri* de' *tutori* e de' *curatori* (1).

Non pare lo stesso per quanto concerne i rapporti tra i *curatori* ed i *tutori*, perchè alcuni testi sembra che stabilissero una perfetta identità (2). Altri invece riconoscono una leggiera differenza.

Scire oportet, quoniam neque dati tutores, neque testamentarii provocare necesse habent: ut ostendit constitutio D. Veri et Antonini: hoc autem observari oportet et in datis *curatoribus*: in *paucissimis* enim distant *curatores a tutoribus* (L. 13. D. lib. 27. tit. 1. de excusat.)

Senza dubbio quanto agli atti *domenicali* i poteri de' *curatori* in generale andavano soggetti alle medesime restrizioni a cui erano sottoposti i poteri de'*tutori*, trovando espressamente enunciati i nomi degli uni e degli altri nel rescritto dell' Imperatore Alessandro Severo, col quale codeste restrizioni furono stanziate (3). Anzi essendo forse nato dubbio se vi

(1) Lib. 26. tit. 7. *de administ. et peric. tutor et curat. tit. 8. de auctorit. et consens. tut. et curat.* lib. 27. tit. 9. *de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt sine decret.* ecc.

(2) Ved. il testo precedente.

(3) Ved. il testo a pag. 380 e 381.

fossero soggetti anche i *curatori* de' *furiosi*, il Giureconsulto Paolo lo venne dichiarando:

Sed, et si *curator* sit *furiosi*, vel cujus alterius non adolescentis, videndum est, utrum jure veteri valebit *venditio* an hanc *orationem* (di Severo) admittemus? Et puto, quia de *pupillis* Princeps loquitur, et conjunctim *tutoribus curatores* accipiunt, pertinere: et de ceteris puto ex sententia orationis idem esse dicendum (L. 8. §. 1. D. lib. 27. tit. 9. de reb. eorum qui sub tut. ec.)

La differenza dunque non potrebbe riguardare che gli atti *amministrativi*. Non ostante codesta differenza che le fonti stabiliscono tra i poteri de' *curatori* e de' *tutori*, quantunque di lieve importanza, gli interpetri antichi (1) e nuovi (2) mettono alla stessa stregua gli uni e gli altri.

§ 4.

Modo onde si determinava la persona che doveva esercitare la curatela.

a) Secondo la nostra ipotesi, la *curatela tipica* era quella de' *furiosi* (3), ad imitazione della quale venne dato un *curatore* anche a' *prodighi*. Ora sia che si voglia ritener l' opinione comune, che coloro i quali erano interessati alla conservazione dei beni delle persone *incapaci*, pel diritto che avevano alla loro successione, fossero obbligati alla *tutela* ed alla *curatela* delle stesse; sia che si voglia ammettere che l' una e l' altra erano a carico della *famiglia* e della *Gens*, come parte della *difesa* alla quale erano tenuti verso i loro membri (4); è facile comprendere co-

(1) Ved. Donello l. c.
(2) Ved. Muchlenbruk, § 500 e seg.
(3) Ved. pag. 432.
(4) Ved. pag. 348 e seg.

me originariamente la *curatela* de' *furiosi* e de'*prodighi* dovesse appartenere agli *agnati* ed ai *gentili*. Se non che i *furiosi* vi erano soggetti in qualunque caso, ma per i *prodighi* si faceva una distinzione, come risulta da un frammento di Ulpiano non compreso nel Digesto: se i beni che possedevano erano stati ereditati per legge, la *curatela* apparteneva agli *agnati*, ed in loro difetto a' *gentiles*; ma se gli avessero ereditati per *testamento*, il *curatore* si doveva nominare dal *pretore*.

Lex duodecim tabularum *furiosum*, itemque *prodigum* cui bonis interdictum est, in *curatione* jubet esse *adgnatorum*.

A *praetore* constituitur *curator*, quem ipse praetor voluerit, *libertinis prodigis*, itemque *ingenuis* qui ex *testamento parentis heredes facti* male dissipant bona: his enim ex lege *curator* dari non poterat, cum ingenuus quidem non *ab intestato*, sed *ex testamento* heres factus sit patri; *libertinus* autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit (Fragm. tit. 12. §. 2 e 3.)

Codesta distinzione non fu ammessa dal *Diritto nuovo*. Anzi, prese letteralmente le parole di Giustiniano, che si leggono nelle *Istituzioni*, e quelle di un altro frammento dello stesso Ulpiano riportato nel *Digesto*, parrebbe che tutto il *sistema* fosse stato mutato, e che fossero stati anche abrogati i *curatori legitimi*, sostituendo ad essi quelli nominati dal *pretore*.

Furiosi quoque et *prodigi*, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in *curatione* sunt *agnatorum ex lege* duodecim tabularum. Sed solent Romae praefectus urbis vel praetor, et in provinciis praesides, ex inquisitione eis dare *curatores* (lib. 1. tit. 23. §. 3.)

Lege XII Tab. *prodigo* interdicitur bonorum suorum

administratio: quod *moribus* quidem ab initio *introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides,* si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, *curatorem ei dari exemplo furiosi*: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus *sanitatem,* vel ille *sanos mores receperit*: quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum (L. 1. D. lib. 27. tit. 10. de curat. furios. etc.) (1).

Tuttavia un frammento di Gaio suppone anche nel *Diritto nuovo* la *curatela legittima* de' *furiosi* e de'*prodighi*, salvo al Pretore, qualora fosse necessario, di affidare ad altri l' amministrazione de'beni, senza togliere ai parenti il *magistero* della *cura* per tutto il resto.

Saepe ad *alium* e Lege XII tabulorum *curatio furiosi* aut *prodigi* pertinet, alii praetor *administrationem dat*: scilicet cum ille *legitimus inhabilis* ad eam rem videatur (L. 13. D. lib. 27. tit. 10. de curat. furios. ecc.. (2).

I *furiosi* andavano soggetti alla *curatela* nell' uno e nell' altro modo, non appena davano segni del furore, e dicasi lo stesso dei *mentecatti* (*dementes*) e degl' *imbecilli* (*imbecilli*) (3). Ma rispetto al *prodigo*, la *curatela* succedeva ad un giudizio d' *interdizione* (*interdictio*), il quale soleva farsi con molta *solennità*, come risulta dalla formola della sentenza che il pretore soleva pronunziare, la quale ci venne conservata dal giureconsulto Paolo:

(1) Potrebbe sembrare che i due frammenti di Ulpiano fossero in contraddizione; ma pare che essi originariamente ne formassero un solo, diviso in due parti: la prima destinata a dichiarare il Diritto *antico*; la seconda il *nuovo*. A questa spiegazione si presta il dettato, e diventa vera collocando il primo testo di legge tra la prima proposizione del secondo e l' ultima, cioè dopo la parola *introductum est*.

(2) Ved. Vinnio, Comm. lib. 1. tit. 23. §. 3.

(3) Ved. la n. 4. pag. 430.

Moribus per praetorem bonis interdicitur, hoc modo: QUANDO TUA BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS, LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS OB EAM REM TIBI EA RE COMMERCIOQUE INTERDICO (Sent. lib. 3. tit. 4. §. 7.)

Tuttavia non sono mancati di coloro i quali sostennero che il *prodigo*, a similitudine del furioso, andasse soggetto alla *curatela* pel solo *fatto* della *prodigalità* di cui aveva dato sufficienti pruove (1).

b) Noi abbiamo altrove discorso della distinzione dei *majores* e dei *minores*, e dimostrato com' essa avesse avuto origine dalla legge *Plaetoria* o *Laetoria* (2). Qui dunque ci dobbiamo soltanto occupare dei *curatori* dei *minori* (*curatores minorum*). Or sembra che codesti *curatori* fossero stati istituiti dalla medesima legge (3). Ad essa però successe il *Diritto Pretorio* immediatamente; dopo lo spazio di circa quattro secoli (161 dell' era volg.) un *Rescritto* dell' imperatore MARCO AURELIO; e dopo un altro spazio presso a poco eguale il *Diritto Giustinianeo*. Quali cose vennero stanziate circa la *curatela* dei *minores* da codeste leggi? Le prime tre sorgenti del Diritto concernente la *cura minorum* non si conoscono altrimenti che per mezzo di notizie più o meno imperfette, le quali s' incontrano negli autori di diverse epoche (4), e tra esse la meno imperfetta di tutte è il noto luogo di CAPITOLINO:

De *curatoribus*, cum antea, non nisi ex lege Laetoria, vel *propter lasciviam* vel *propter dementiam*, ita

(1) Ved. pag. 70 e seg.

(2) Pag. 70.

(3) GRAVINA, de ortu et progr. jur. cap. 34 de leg. et senat. cap. 35. SIGONIO.

(4) CIC. de off. lib. 3, n. 15, de nat. Deor. lib. 3, n. 30, PLAUTO, *Pseud.* 1, 3, 68 e seg.

statuit (cioè Marco Aurelio) ut *omnes adulti curatores* acciperent, *non redditis causis* (1).

Le sole *fonti* note dunque nella loro originale concezione sono le *giustinianee*. Tuttavia, tanto le une quanto le altre, hanno torturato il cervello degl' interpetri da che la *critica istorica* s' introdusse nello studio del Diritto, per determinarne il contenuto, e per conciliarle tra loro; e forse giammai intorno alle stesse quistioni si manifestarono tante diverse opinioni (2). Da prima però la *critica* non ebbe altro scopo che di mettere di accordo le fonti del *Diritto Giustinianeo* mediante le fonti anteriori (3). Ma di poi se ne occupò anche per ristabilire la *verità istorica* (4). Ora è facile comprendere, come di questo nostro lavoro non debbono far parte i risultati della critica sotto quest' ultimo rapporto; e sotto l' altro, non dobbiamo entrare nei particolari circa le opinioni manifestate dagli antichi e dai nuovi interpetri, sia perchè il lavoro è stato fatto da altri (5), e sia perchè secondo il nostro scopo, il *Diritto controverso* deve prendere un posto limitato nel nostro. Ecco dunque qual è l' opinione che noi abbracciamo intorno a questo argomento.

Per *Diritto antico*, quando il cittadino romano era giunto alla *pubertà*, acquistava la libera amministrazione e disposizione dei suoi beni; del che fa testimonianza un frammento di Gaio, secondo il quale

(1) Vita M. Aurelii, cap. 10.

(2) L' Illingero le ha riportate nella nota al § 17 del lib. 3, cap. 18 del Donello.

(3) Ivi.

(4) Ved. i lavori del Di Savigny sulla *garenzia dei minori*, pubblicati nella raccolta dei suoi opuscoli, tradotti da A. Turchiarulo.

(5) Ved. l' Illingero, ivi.

viene dichiarata cosa *iniqua* il torre al cittadino il *libero uso* dei suoi beni:

.... *Iniquum* est, *ingenuis hominibus* non esse *liberam* rerum suarum *alienationem* (L. 2. D. lib. 37. tit. 12. Si a parente quis manum. sit.)

A questo principio si faceva eccezione soltanto qualora si usava dei beni in un modo contrario alla *ragione*, donde trasse origine l' *interdizione* dei *prodighi*:

Male enim *nostro jure uti non debemus*, qua ratione et *prodigis interdicitur* bonorum suorum administratio. (GAJO, Comm. 1. §. 53. Inst. lib. 1. tit. 8. §. 2.)

Ma, anche in questo caso, i *prodighi* furono privati dell' amministrazione dei loro beni, non come *prodighi*, ma perchè privi di volontà (*nulla voluntas*), essendo *assimilati* ai *furiosi* (1). Tuttavia codesto sistema essendo, specialmente nei tempi dei *costumi corrotti*, divenuto pernicioso per gli *adolescenti* usciti recentemente dalla *tutela*, venne in loro soccorso la legge *Laetoria* o *Plaetoria*, creando una nuova distinzione dell' età *pubere*, in *majores* et *minores*, e dichiarando che coloro i quali avessero *ingannati* in qualunque maniera i *minores*, sarebbero andati incontro ad una *pena* ed all' *infamia*, tranne . : avessero trattato con loro con l' assistenza di un *curator* (2). Così dunque la prima volta i *puberes* che non avevano compiuto il *venticinquesimo anno*, si trovarono soggetti indirettamente ad una *limitazione* nel libero esercizio dei loro diritti; poichè se molte persone si contentavano di rischiare la *libertà* e la *reputazione* per amore dei *turpi mercati* (3), molte altre, sia per

(1) Ved. pag. 58 e 428.

(2) Pag. 70.

(3) Ed in Plauto si trovano parecchi esempii di tali persone.

timore, sia per ubbidienza alla legge, sia per intrinseca onestà, costringevano i *minores* a dimandare un *curatore*, il quale non veniva loro accordato, se non *redditis causis*, secondo l' espressione di CAPITOLINO (1).

Il *Diritto pretorio* si occupò anche dei *minores*, aggiungendo alla *pena* ed all' *infamia*, la *risoluzione* degli *atti*, qualora si fossero trovati *lesivi* (2) ; ma non pare che abbia modificato il sistema della legge *Laetoria*, per quanto concerneva la *curatela* (3). Le *riforme* perciò si attribuiscono al *Rescritto* dell' imperatore MARCO AURELIO. Con esso si tolse ai *minores* l' obbligo di *giustificare* il bisogno di un *curatore* ; il quale perciò dopo il *Rescritto* si accordava tutte le volte che si chiedeva (*non redditis causis*). Laonde sembra ragionevole l' opinione di coloro i quali credettero che quel *Rescritto* non avesse avuto altro scopo se non di rendere più facile la dimanda di un *curatore* col cancellare il sospetto che di esso avessero bisogno soltanto i *minores* di *pregiudicati costumi* (4). Tutti però convengono che secondo la legge *Laetoria* i *curatori* non si dovevano chiedere se non *caso* per *caso*, ed in conseguenza tutti erano *curatori speciali* (5). Ma avveniva lo stesso pel *Rescritto* di MARCO AURELIO? In generale gl' interpetri hanno opinato che sotto questo rapporto la legge *Laetoria* non fosse stata modificata (6). Un luogo però dell' *Epitome* dei *Comentarii* di GAIO, il quale viveva ai tempi di MARCO AURELIO, attesta il contrario. Pare che i *curatori* succedessero immediatamente ai *tutori*.

(1) Ved. il testo a pag. 442.
(2) Ved. pag. 70.
(3) Ved. gli autori citati.
(4) Ved. VINNIO, Com. lib. 1. tit. 23. § 2.
(5) Ved. la n. 1. al § 642. del MAKELDEY.
(6) Ved. gli aut. cit.

Peractis pupillaribus annis, quibus tutores absolvuntur, ad *curatores ratio minorum incipit pertinere*. Sub *curatoribus* sunt *minores* aetate, majores *eversores, insani*. Hi, *qui minores sunt*, usque ad *viginti* et *quinque* annos impletos sub *curatore sunt*. Qui vero *eversores* aut *insani* sunt, omni tempore vitae suae sub curatoribus esse jubentur, quia substantiam suam *rationabiliter gubernare non possunt*. (Epitome, lib. 1. num. 8).

Or è da credere che codesto luogo, sia genuino, perchè è conforme ad un frammento di Ulpiano che s' incontra nel *Digesto* (1), quantunque sia stato materia di lunghe e numerose interpetrazioni.

Ma dovevano i *curatori succedere ai tutori necessariamente*, ed in conseguenza, aveano i *tutori* l'obbligo di promuovere la nomina del *curatore*, ed i *minori* di accettarlo, anche quando si credessero capaci di provvedere ai loro interessi senza il consiglio di alcuno? Il *Diritto giustinianeo* pare che lasciasse ai *minores* la libertà di dimandare o no i *curatori*: salvo se non si trovassero interessati in qualche *lite*, sia come *attori* sia come *convenuti*.

.... *Inviti* adolescentes *curatores* non accipiunt, praeter quam in *litem*. (Inst. lib. 1. tit. 23. §. 2).

Codesta dichiarazione di Giustiniano sembrò ad alcuni contraria al Diritto immediatamente anteriore, ed un ritorno a quello introdotto dalla legge Letoria (2). Altri invece si fecero a giustificarla: ed alcuni, distinguendo il caso in cui una persona si trovasse *impubere* alla morte del padre, da quello in cui fosse *pubere*, ma *minore*, restrinsero la libertà de' *minori* al solo secondo caso (3); altri al contrario di-

(1) Pag. 70.

(2) Ved. la n. 2. pag. 444.

(3) Ved. la suddetta nota.

mostrando come il *Diritto anteriore* non istabilisse alcun dovere pei *minores* di ricevere un *curator*, nè proibisse ai *tutori* il rilascio dell' amministrazione prima che i minori avessero accettato il curatore fatto nominare da loro o ne avessero essi stessi chiesto un altro (1). Senza dubbio questo sembra il sistema più ragionevole, imperocchè Giustiniano non fu il primo a dichiarare che i minori non potessero essere *costretti* a ricevere il *curatore*: fin dal tempo di Antonino il Pio (225) si riconosceva in essi la *libertà* di dimandarlo o no, secondo il bisogno.

..... Puberes minores anni viginti quinque *ipsi sibi curatores*, si *res eorum exigit*, petere debeant (L. 6. Cod. lib. 5. tit. 31. qui pet. tut. vel curat.)

Vero è che tra gli *uffizii* (*officia*) del tutore vi era quello di dovere *ammonire* (*admonere*) i *pupilli* che stavano per uscire dalla *tutela* a chiedere un *curatore*: ma questo *dovere* de' *tutori* non importava nè l' obbligo pei *minori* di dimandare il *curatore*, nè per gli stessi *tutori* alcuna responsabilità, quando avessero fatta l'*ammonizione* :

Si *tutor pupillum* suum puberem factum *non admonuerit ut sibi curatores peteret* (sacris enim constitutionibus hoc *facere jubetur* qui tutelam administravit): an *tutelae judicio teneatur*? Et magis puto, sufficere tutelae judicium, quasi connexum sit hoc tutelae *officio*, quamvis post pubertatem admittatur. (L. 5. §. 5 D. lib. 26. tit. 7. de administrat. et peric. tut. et curat.)

Codesto sistema è stato perciò più generalmente ricevuto (2). Ma se era in balia dei *minores* di chiedere i *curatores*, una volta che lo avessero fatto, i *curatori* nominati anche in occasione di un affare particolare,

(1) Ved. le preced. due note.

(2) Ved. gli autori citati.

non solo si reputavano nominati anche per tutti gli altri, ma rimanevano per tutto il tempo della *minore età*. Ed è in questo senso che lo stesso GIUSTINIANO dice che i *puberi*, siano *maschi* siano *femmine*, ricevevano il *curatore* fino al *venticinquesimo anno compiuto*.

Masculi quidem *puberes* et *feminae* viri potentes, usque ad *vicesimum quintum annum completum*, *curatores accipiunt* (1), quia licet *puberes* sint, adhuc tamen hujus aetatis sunt, ut *sua negotia tueri non possint*. (Instit. lib. 1. tit. 23. pr.)

In oltre per la natura stessa della causa per la quale i *minores* ricevevano un *curatore*, era assolutamente esclusa la *curatela legitima* rispetto ad essi. Dunque quando Ulpiano ammette in generale che i curatori sono o *legittimi*, o *dativi*, che egli chiama *honorarii* (2), la distinzione si deve applicare soltanto alla *curatela* de' *furiosi* e de' *prodighi*.

Curatores aut *legitimi* sunt, id est qui ex lege XII tabularum dantur: aut *honorarii*, id est qui a Praetore *constituuntur*. (Fragm. reg. tit. 12. §. 1.)

Ma in tutti i casi non si ammetteva in generale *curatela testamentaria*. Qualora però un *paterfamilias* avesse col suo *testamento* indicato per *curatore* qualche persona nella quale riponeva la sua fiducia, soleva il pretore preferirla a qualunque altra (*confirmabat*); ed è in questo senso che si trova fatto menzione anche dei *curatori testamentarii* in parecchi luoghi delle fonti.

Dantur *curatores* ab iisdem magistratibus, a quibus

(1) Intorno alla ragione onde venne stabilita questa età, ved. VINN. Com. ivi, § 1. ed EINN. n. allo stesso.

(2) Quì la parola *honorarius* ha un significato diverso da quello che riceve quando si tratta di tutori (ved. pag. 456-457). Quì deriva dal Diritto pretorio che era chiamato anche *onorario*; colà deriva dall' incarico che avevano i tutori che non amministravano, di vigilare sopra chi fosse destinato all' amministrazione.

et tutores. Sed *curator testamento non datur*, sed datus *confirmatur* decreto Praetoris vel praesidis. (Inst. lib. 1. tit. 23. §. 1.) (1).

Sezione 6.

Modalita' alle quali andavano soggette la tutela e la curatela, e termine di esse.

§ 1.

Pluralità

Uno dei principii fondamentali del *Diritto moderno* in fatto di *tutela* e *curatela* è l' *unità* della persona che debba esercitarla (2); ma nel *Diritto romano* invece prevaleva il principio contrario : poteva la *tutela* e la *curatela* essere esercitata ugualmente da *una sola* o da *più persone*; e questo poteva verificarsi qualunque fosse la tutela, come risulta dalle fonti, le quali suppongono la *pluralità dei tutori testamentarii, legittimi* e *dativi*. (3) Così parlando delle mutue garenzie che, nella esistenza di *più tutori*, ciascuno aveva diritto di esigere dall' altro per la buona amministrazione, si fa menzione specialmente dei *tutori nominati con testamento* :

> *Testamento datos tutores* non esse cogendos satisdare *rem salvam fore*, certo certius est. (L. 17. D. lib. 26. tit. 2. de testament. tut.)

Quando la tutela era *legitima*, avevano diritto di esercitarla *tutti* coloro che erano i più *prossimi*, e che si trovavano nel *medesimo grado* :

(1) Ved. in questo senso le LL. 1. § 3. D. lib. 26. tit. 3. (de confir. tut. vel curat.), 3. § 5. D. lib. 26. tit. 7. (de admnistrat. et peric. tut vel curat.), 16. D. lib. 27. tit. 10. (de curat. fur. et al.)

(2) Ved. il Cod. fr. e quelli che traggono orig. dallo stesso.

(3) Ved. il testo a pag. 453.

Si *plures sunt adgnati*, *proximus* tutelam nanciscitur: et si *eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur* (L. 9. D. lib. 26. tit. 4. de legit. tutor.)

In mancanza degli uni e degli altri il magistrato poteva nominare *uno* o *più* tutori:

Simul plures tutores dari possunt. (L. 23. lib. 26. tit. 5. de tut. et curat. dat.)

Lo stesso avveniva della *curatela legittima* e della *dativa* (1).

Ora è facile il vedere come questa ipotesi della *pluralità* dei *tutori* e de' *curatori* si dovesse verificare più spesso di quello che potrebbe credersi. Era perciò necessario di stabilire il modo di esercitarla mediante regole *particolari*, non potendosi applicare le *generali*, delle quali abbiamo discorso in sul principio di questa dottrina (2).

La *pluralità* de' tutori e de' *curatori* era senza dubbio di grande utilità sotto il rapporto della *rappresentanza*, perchè attesa la *risponsabilità* alla quale tutti erano soggetti, ciascuno aveva interesse di vigilare sull' altro (*dati sunt quasi observatores actus ejus et custodes*) (3). Ed anche in questo ci sembra trovare un riscontro in due altri istituti del *Diritto pubblico*, cioè nel *Consolato* e nel *Tribunato*, i quali dovevano essere rappresentati da *più persone*, collo scopo d' impedire l' *abuso di potere* dell' uno mediante l' *opposizione* (*veto*) dell'altro (4). Ma sotto il rapporto dell'*eser-*

(1) Ved. i testi a pag. 428 e seg.

(2) Ved. il § 1. e seg.

(3) Ved. il testo seguente.

(4) Sono notevoli a questo riguardo le parole che DIONIGI attribuisce a BRUTO quando propose il *Consolato* in luogo del *principato*.... *Non* UNIUS *arbitrio committenda rerum summa, sed* DUOBUS *viris permittendum regium imperium*, *sicut Lacedaemonios audio facere jam multis aetatibus*.... *Minus enim injuriosi erunt et molesti divisa potestate bifariam*, ambobus *eamdem vim obtinentibus*, *et* al-

cizio la *pluralità* poteva riuscire di grave pregiudizio pei *pupilli* e pei *minori*, atteso il *ritardo* che naturalmente ne doveva derivare, sia per accordarsi intorno al modo di procedere, e sia per riunirsi al tempo dell' azione. Come dunque si provvide a questo inconveniente ? Da un frammento di Ulpiano concernente i *tutori* sembra risultare che per *regola* tutti dovessero concorrere all' *esercizio* della tutela, tanto per gli atti *dominicali*, quanto per gli *amministrativi* , e che per *eccezione* i soli tutori *testamentarii* potevano agire gli uni indipendentemente dagli altri :

Si plures sunt *tutores*, omnes in *omni re* debent *auctoritatem* accomodare, *praeter* eos qui *testamento* dati sunt : nam ex his vel *unius auctoritas sufficit* (Ulp. reg. tit. 11. §. 26.)

Tuttavia , studiando lo spirito del Diritto romano, ed argomentando per *analogia*, sembra che si debba ritenere che per *regola* potessero agire separatamente e per *eccezione* dovessero agire di conserva. Se è esatto il riscontro della *tutela* e *curatela* col *Consolato* e *Tribunato* , è da credere che il modo di esercitare la *tutela* e la *curatela* andasse regolato come l' esercizio del *Consolato* e del *Tribunato*. Ora i *Consoli* ed i *Tribuni* potevano agire di conserva e separatamente, salvo il diritto di opposizione (*veto*) (1). Del resto il dubbio si potrebbe fare solo per la *tutela*, poichè per la *curatela* alcuni testi nel caso di *più curatori*, attribuiscono espressamente a ciascuno di loro il potere di agire da se:

Si plures *curatores* dati sunt, Pomponius lib. 68. ad Edictum scripsit , ratum haberi debere etiam quod

ter alterum *reverebitur ac vicissim revocabit a licentia: aemulatio quoque ad virtutis opinionem exaequata potestate maxime nasci videtur.* (Pag. 267-268 Ved. la nostra Storia pag. 687 ed 813.)

(1) Ved. la Storia, lib. 1.

per *unum gestum* est; nam et in *furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur*, Praetor *uni* eorum *curationem* decernet, ratumque habebit quod per eum sine dolo malo gestum est. (L. 3. pr. D. lib. 26. tit. 7. de admin. et peric. tut. et curat.)

Sembra però che tra i giureconsulti de' tempi classici non si fosse di accordo circa la *regola* e l' *eccezione*; onde Giustiniano si credette nel dovere di derimere la quistione elevando a *regola* il sistema da noi preferito, tranne se non si trattasse di *atto* che portasse la cessazione della *tutela* o *curatela*, quale l' *arrogazione*, come risulta da una Costituzione pubblicata nel 531. Il che è un altro argomento che conferma la prefata opinione anche pel *Diritto antico*.

Veterem dubitationem amputantes, per quam *testamentarii* quidem vel per *inquisitionem dati tutoris*, et *unius auctoritas* sufficiebat, licet *plures* fuerant, non tamen diversis regionibus destinati: *legitimi* autem, vel simpliciter dati, *omnes consentire compellabantur*: sancimus si *plures tutores* fuerint ordinati, sive in *testamento paterno*, sive ex *lege vocati*, (sive) a *judice*, vel ex inquisitione, vel simpliciter *dati*, *unius tutoris* auctoritatem (pro) omnibus tutoribus sufficere, ubi nondum *divisa est administratio*, vel *pro regionibus*, vel *pro substantiae partibus*: ibi etenim necesse est singulos pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pupillo praestare: quia in hoc casu non absimiles esse *testamentariis* et per inquisitionem datis, *legitimos* et simpliciter *datos* jubemus: eo quod fidejussionis onere praegravantur, et subsidiariae actionis adminiculum speratur. Sed haec omnia ita accipienda sunt, si non res quae agitur *solutionem* faciat ipsius tutelae: ut puta si pupillus in *arrogationem* se dare desiderat. Etenim arbsurdum est solvi tutelam non consentiente, sed forsitan ignorante eo qui tutor fuerit ordinatus.

Tunc etenim, sive *testamentarii*, sive *per inquisitionem dati*, sive *legitimi*, sive simpliciter creati sunt, necesse est omnes suam auctoritatem praestare: *ut quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur*. Quae omnia simili modo et in *curatoribus* observari oportet. (L. 5. Cod. lib. 5. tit. 59. de auct. prest.)

Codesto potere conceduto a' *tutori* e *curatori* presi singolarmente, non aveva altro scopo che di rendere più spedita l' azione della *tutela* e della *curatela*, ma non esimeva i *tutori* ed i *curatori* che non prendevano parte all' azione dalla risponsabilità alla quale potevano trovarsi soggetti per fatto di uno di loro. Imperocchè avevano il dovere di vigilarsi reciprocamente, ed è perciò che si concedeva loro il diritto di opporsi e di arrestare a tempo l' azione che fosse loro sembrata inconsulta.

Il *paterfamilias* però poteva designare tra più tutori nominati col suo testamento, colui che doveva all' esclusione di tutti gli altri *esercitare* la *tutela*. Ed in mancanza di disposizione per parte del *paterfamilias* soleva farlo il *praetore*. In entrambe queste ipotesi, gli altri tutori non potevano prendere alcuna parte all' esercizio della tutela:

Si *parens* vel *pater* qui in *potestate* habet, destinaverit *testamento* quis tutorum *tutelam gerat*, illum debere *gerere* quem Praetor putavit. Meritoque *parentis* statur *voluntati*, qui utique recte filio prospexit. Tantumdem Praetor facit et de his quos parens destinavit testamento, ipse autem confirmavit: ut si parens declaravit, quem velit tutelam *administrare*, ille solus *administret*.

Apparet igitur *Praetori curae fuisse*, *ne tutela per plures administretur*: quippe et si pater *non destinaverit* quis *gerere* debeat, attamen id agit, ut per *unum administretur*: sane enim *facilius unus tutor et actiones*

exercet et excipit, ne per multos tutela spargatur. (L. 3. §§. 1. e 6. D. lib. 26. tit. 7. de admin. et peric. tut. et curat.)

Sembra tuttavia che il Pretore non se lo permettesse, se non quando gli stessi *tutori* o *curatori alla maggioranza* non si fossero accordati fra loro nella scelta di colui che dovea *agire* per tutti; e che perciò prima di prendere qualunque determinazione solesse convocarli.

Si *non erit* a testatore electus tutor, aut *gerere nolet*, tum *is gerat* cui *major pars* tutorum tutelam decreverit. Praetor igitur *jubebit eos convocari*: aut si non coibunt, aut coacti non decernent, *causa cognita ipse statuet* quis tutelam geret (§. 7. ivi.)

Anzi, qualora per giuste ragioni non credessero di affidare l' *esercizio della tutela* ad un solo, come avveniva quando niuno aveva fiducia nell' altro, e stabilissero di esercitarla insieme, neppure allora il Pretore soleva affidarla ad un solo.

Plane si *non consentiant* tutores Praetori, sed *velint omnes gerere*, quia *fidem non habeant* electo, nec *patiuntur succedanei esse alieni periculi*, dicendum est Praetorem *permittere eis omnibus gerere.* (Ivi §. 8.)

In quest' ultima ipotesi si permetteva a'tutori anche di dividere l' esercizio della tutela, sia per *parti*, sia per *regioni.*

Item si *dividi* inter se tutelam velint tutores, *audiendi sunt*, ut distribuatur inter eos *administratio* (Ivi §. 9.)

Vel in *partes*, vel in *regiones*: et si ita fuerit *divisa*, unusquisque exceptione summovebitur pro ea *parte* vel *regione* quam non administrat. (L. 4 ivi).

Secondo le cose dette adunque, l'esercizio della *tutula* e della *curatela* poteva essere affidata ad un *solo* o per *disposizione* del *paterfamilias*, o per *consenso* dei contu-

tori o del concuratore, o per *provvedimento* del Pretore. Ma vi era anche un quarto caso in cui si poteva trovare presso di un *solo* senza l'opera nè del testatore, nè degli altri *tutori* o *curatori*, nè del Pretore; e questo caso si verificava quando uno di loro si offeriva all'esercizio di essa mediante una *valida càuzione*.

Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, *potest unus offerre satisdationem de indemnitate pupilli* vel *adolescentis*, et *contutori* vel *concuratori* suo *praeferri*, ut *solus administret*; vel ut *contutor* aut *concurator* satis offerens praeponatur ei, ut et ipse *solus* administret. Itaque per se non potest petere satisdationem a *contutore* vel *concuratore* suo, sed *offerre debet, ut electionem det contutori vel concuratori suo, utrum velit satis accipere an satisdare*. (Instit. lib. 1. tit. 24. §. 1.)

Coloro che non esercitavano la *tutela* erano chiamati *tutores honorarii* (1). Or parrebbe che essi nè dovessero rispondere del fatto di colui che era investito di questo esercizio, nè giammai si potessero ingerire negli atti. Tuttavia egli è certo che avevano il *dovere* di vigilare sulla condotta del tutore *agente*, ed il *diritto* di opporsi a tempo agli atti che reputavano pregiudizievoli ai pupilli. In questo senso si parla di responsabilità anche nel rapporto loro, non esclusi i tutori detti *honorarii*.

Coeteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi quos vulgo *honorarios* appellamus. Nec quisquam putet ad *hos periculum nullum redundare*. Constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus eius qui gesserit, *conveniri oportere*: dati sunt enim quasi *observatores actus ejus et custodes*: imputabiturque eis quandoque, cur, si *male* eum *conversari videbant*, su-

(1) Ved. la nota a pag. 449.

> *spectum* (eum) *non fecerunt. Adsidue* igitur et rationem ab eo exigere eos oportet, et *sollicite* curare, qualiter conversetur.... *blandiuntur* enim sibi, qui putant *honorarios tutores omnino non teneri: tenentur enim secundum ea quae supra ostendimus* (L. 3. § 2. D. lib. 26. tit. 7. de adm. et per. tut. et curat.)

Per quanto concerne l'*ingerenza* negli atti, due luoghi di ULPIANO sembrano in opposizione tra loro, e perciò dettero occasione a due opposti sistemi. Secondo l'uno parrebbe che in generale i tutori *honorarii* dovessero rimanere estranei agli atti relativi alla tutela:

> *Coeteri tutores* non *administrabunt*, sed erunt hi quos vulgo *honorarios* appellamus. (L. 3. §. 2. ivi.)

Secondo l'altro parrebbe che avessero il potere di fare tutto quello che *non facessero* o *facessero male* i tutori eletti per l'amministrazione.

> Sunt quidem tutores qui *honorarii* appellantur, sunt qui *rei notitiae gratia dantur*; sunt qui ad hoc dantur, ut *gerant*: et hoc vel pater adjicit, ut *unus* puta gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel Praetor ita decernit. Dico igitur *cuicumque ex tutoribus fuerat solutum* etsi *honorariis* (*nam et ad hos periculum pertinet)* recte solvi: nisi interdicta ejus fuerit a Praetore administratio: nam si *interdicta* est, non recte solvitur (L. 14. §. 1. D. lib. 46. tit. 3. de solut.)

Or taluni interpetri seguendo il primo luogo di ULPIANO negarono a' tutori *honorarii* qualunque ingerenza (1). Altri al contrario, seguendo il secondo, tennero un avviso contrario (2). L'opinione di questi ultimi sembra anche giustificata da un frammento di AFRICANO:

(1) Ved. DONELLO, lib. 3. cap. 13. N. 9.
(2) Ved. VOET, lib. 26 tit. 8.

Pupillum, etiam eo *tutore* auctore *qui tutelam non gerat*, hereditatem adeundo obligari, ait (L. 49. D. lib. 29. tit. 2. de adquir. vel omit. hered.)

§ 2.

Continuazione — *Termine* (*dies*), *condizione* (*conditio*)

Codeste due specie di *modalità* appartengono soltanto alla *tutela*.

Non ogni maniera di *tutela* però si poteva modificare mediante un *termine* (*dies*) o *conditione* (*conditio*). Per una deferenza al *paterfamilias* si permetteva di farlo solamente quando la *tutela* era *testamentaria*, sia che il termine o la condizione avesse per oggetto di *sospendere* l' esercizio della tutela (*a certo tempore*, *sub conditione*), o a farlo *cessare* (*usque ad certum tempus, usque ad conditionem*).

Tutorem et a *certo tempore* dare et *usque ad certum tempus licet*; et sub *conditione* et *usque ad conditionem* (L. 8. § 2. D. lib. 26. tit. 2. de testament. tut.)

Ad certum tempus seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur (Instit. lib. 1. tit. 14. §. 3.

In questo senso dicemmo (1) che la *tutela* andava regolata come il *legato* e non come l' *istituzione di erede*, perchè questa non si poteva fare nè sino ad un certo tempo (*usque ad certum tempus*) nè sino ad una certa condizione (*usque ad conditionem*):

In tutoris dationem utrum levissima conditio, an novissima ut in *legato*, spectanda est? Ut puta: *Titius cum poterit tutor esto*: *Titius si navis ex Asia venerit tutor esto*. Et Julianus lib. 20 Dig. recte scripsit, novissimam scripturam esse spectandam. (L. 8. § 3. D. ivi.)

(1) Ved. pag. 405.

Ai magistrati perciò era interdetto di nominare i tutori nell' una o nell' altra maniera; e se lo avessero fatto una volta, l'atto era nullo, perchè, come abbiam veduto, la *tutoris datio* era un *actus legitimus*, che non ammetteva nè termini nè condizioni (1); ma in appresso tali *modalità* si avevano per non iscritte.

Sub *conditione* a Praesidibus provinciarum non posse dari tutorem, placet: et si datus sit, *nullius esse momenti dationem.* Et ita Pomponius ait: Hanc autem *adjectionem* quam Praesides provinciarum faciunt *Tutorem do si satisdederit*, non *conditionem* in se habere, sed *admonitionem*; non aliter ei tutelam committi, quam si *satisdederit*; hoc est, non aliter ei gerere permittendum quam, si rem *salvam fore caverit* (L. 6. §. 1. D. lib. 26. tit. 1. de tut.)

Molto meno sarebbe stato possibile ad alcuna autorità di aggiungere un *termine* o una *condizione* ad una *tutela legitima*, salvo se l' una o l' altra *modalità* non fosse stata la conseguenza *necessaria* dello *stato* in cui erano coloro ai quali correva l' obbligo di esercitarla. Così se i parenti più prossimi del pupillo si fossero trovati nell' *età minore*, o fossero stati *prigionieri* presso i nemici, o altrimenti nell' *impossibilità* di prendere l'esercizio della tutela, se ne differiva la delazione al tempo in cui la causa dell' impedimento venisse a cessare.

Si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato tutela non defertur: nam et si patronus apud hostes sit, patroni filia tutela non defertur: sed interim a praetore datur (L. 1. §. 2. D. lib. 26. tit. 4. de legit. tutor.)

(1) Ved. il testo a pag. 410.

§ 3.

Venia aetatis

Codesta *modalità* invece concerneva la sola *curatela*. Or quando la *venia aetatis* fu introdotta, ed in che consisteva ?

Dopo il rescritto dell' imperatore Marco Aurelio, che fu l' ultima sorgente del Diritto *antegiustinianeo* circa la *curatela*, i *minores* rimasero per lungo tempo soggetti ad un curatore per l' esercizio dei loro diritti, fino al termine della loro età. Ma sembra che siasi cominciato a far ricorso all' imperatore per essere dichiarati *maggiori* prima di giungere al *venticinquesimo anno*, e per essere ammessi all'esercizio dei diritti come i maggiori (*rem propriam administrare—patrimonium gubernare*), e questa dichiarazione avea preso il nome di *venia aetatis*. Però si pretendeva di godere il benefizio della restituzione in intero (*in integrum restitutio*), la quale era propria dei *minori*. Un Rescritto dell' imperatore Aureliano (275) venne a dichiarare non competere la restituzione *in integrum*, non dovendo i *terzi* che contraevano col minore essere indotti in errore dall' autorità del principe.

Eos qui *veniam aetatis* a principali clementia impetraverunt, etiam si minus idonee *rem suam administrare* videantur, in *integrum* restitutionis auxilium impetrare non posse manifestissimum est: ne hi qui cum eis contrahunt *principali auctoritate circumscripti esse videantur* (L. 1. Cod. lib. 2. tit. 45 de his qui ven. aetat. impetr.)

Da questo Rescritto di Aureliano dunque risulta che la *venia aetatis* fosse un beneficio che si soleva accordare a' *minori* molto prima dello stesso. Ma non

risulta egualmente se si solesse accordare in qualunque *età*, e qualunque fosse il *sesso*, nè a quali condizioni si venisse accordando. Tali cose furono regolate dell' Imperatore Costantino (321); il quale stabilì: a) Che si potesse chiedere dall' uno e dall' altro sesso, ma dai *maschi* all' età di anni *venti* e dalle *femmine* agli anni *diciotto* compiuti: b) Che gli uni e le altre dovevano aver dato pruova di vita intemerata (*honestas morum*) e di prudenza (*solertia*) negli affari: c) Che tali qualità si dovevano documentare con titoli o testimoni, in Roma, da' Senatori presso il Senato, e da ogni altra persona presso il Pretore; in Provincia presso il Rettore (*Rector*): d) Che la *venia aetatis* non dispensava tuttavia dall' obbligo di ottenere il Decreto del Magistrato competente, volendo *alienare* i beni *immobili* (*praedia*).

Omnes adolescentes, qui *honestate morum praediti*, paternam frugem vel avorum *patrimonia gubernare* cupiunt, et super hoc *imperiali* auxilio indigere coeperint, ita demum *aetatis veniam* impetrare audeant, cum *vicesimui anni metas impleverint*: ita ut post impetratam *aetatis veniam*, iidem ipsi per se principale beneficium allegantes, non solum per scripturam annorum numerum probent, sed etiam testibus idoneis advocatis, *morum suorum instituta, probitatemque animi* et testimonium *vitae honestioris* edoceant. *Foeminas* quoque, quas morum *honestas, mentisque solertia* commendat, cum *octavum et decimum annum egressae fuerint, veniam aetatis* impetrare sancimus. Sed eas propter pudorem ac verecundiam foeminarum, coetui publico demonstrari non cogimus: sed percepta aetatis venia, annos tantum aetatis probari posse testibus quinque, vel instrumentis misso procuratore concedimus, ut ipsae etiam in *omnibus negotiis tale jus habeant quale et mares habere praescripsimus*: ita tamen, *ut praedia sine decreto non alienent*. Sed *Senatores* quidem claris-

simi viri, in hac *regia urbe* commorantes, apud *sublimitatem tuam*: caeteri vero *apud praetorem*; in *provinciis* autem omnes apud earum *Rectores* de suis *moribus et honestate* perdoceant. Hi vero, qui contra memoratam dispositionem *veniam aetatis* a principali clementia impetraverint, sciant eam nullas vires habere (L. 2. ivi.)

Costantino aveva dichiarato che la *venia aetatis* non esimesse i *minori* dall' obbligo di ottenere l' autorizzazione magistrale nel solo caso di *alienazione* degli immobili (*praedia sine decreto non alienent*); Giustiniano l' estese anche alla costituzione di *ipoteca*:

> Eos qui *veniam aetatis* a principali clementia impetraverunt vel impetraverint, non solum *alienationem*, *sed etiam hypothecam* minime posse *sine decreti interpositione* rerum suarum *immobilium* facere jubemus, in quarum *alienatione* vel *hypotheca* decretum illis necessarium est, qui necdum *veniam aetatis* meruerunt, ut similis sit in ea parte conditio *minorum omnium*, sive *petita* (1) sit, sive non, aetatis venia. (L. 3. ivi).

§ 4.

Cessazione della tutela *e della* curatela *e conseguenze di essa.*

La *tutela* e la *curatela* duravano fino a che duravano le cause che l' avevano prodotte rispetto all'uno ed all' altro sesso. La sola morte di coloro che vi erano soggetti poteva farla cessare; ma fino a quando continuassero a vivere, restavano sempre sottoposti a codesti istituti giuridici, qualunque modificazione fosse accaduta nella loro persona, sia rispetto al *corpo* sia rispetto allo *spirito*. Solo in caso di *mutamento* della *capacità* (*capitis minutio*), la *tutela* o la *curatela* cessavano per dar luogo ad un altro istituto giuridico

(1) Donello sostituisce *praestita* a *petita*.

conforme alla *capitis minutio* alla quale andavano soggetti coloro che v'incorrevano. Così venendo *arrogato*, il *pupillo* passava sotto la *patria potestas* (*capitis minutio minima*): divenendo *schiavo*, passava sotto la *potestas dominica* (*capitis minutio maxima*).

Pupilli pupillaeque, cum *puberes* esse coeperint a *tutela liberantur*.... Item *finitur tutela*, si *adrogati* sint adhuc *impuberes*, vel *deportati*: item si in *servitutem* pupillus redigatur, vel si ab *hostibus* captus fuerit..... Simili modo *finitur tutela morte*... *pupillorum*... (Instit. lib. 1. tit. 22. pr. e §§ 1. e 3. L. 14. pr. e §§ 1. e 2. D. lib. 26. tit. 1. (de tut.) e 2. D. lib. 26. tit. 4. de leg. tut.)

Ma se la *tutela* e la *curatela* non cessavano se non quando il *pupillo* diveniva *pubere*, il *minore* diveniva *maggiore*, ed i *dementi*, i *furiosi* ed i *prodighi* rinsanivano, o quando essi incorrevano in una delle *capitis minutiones*; poteva però accadere che continuando ad esistere la *tutela* o la *curatela*, venisse a cessare il magistero del *tutore* o del *curatore*; il che si poteva verificare in tre modi:

a) Per la *morte naturale* o la *capitis minutio maxima* e *media* (*morte civile*), del *tutore* o del *curatore*.

.... Finitur tutela *morte*.... tutorum. (Instit. lib. 1. tit. 22. § 3. L. 4. D. lib. 27. tit. 3. de tut. et rat. distr.

Sed et *capitis deminutione* tutoris, per quam *libertas* vel *civitas* amittitur, omnis *tutela perit*. *Minima* capitis deminutione *tutoris*, veluti si se in adoptionem dederit, *legitima* tantum *tutela* perit, caeterae non pereunt. (Instit. ivi § 4. L. 7. D. lib. 4. tit. 5. de capit. min.)

b) Trascorso il *tempo* o verificata la *condizione*, stabilita per l' esercizio della *tutela* soggetta a tali *modalità*:

Praeterea qui ad *certum tempus* testamento dantur *tutores*, finito eo *deponunt tutelam*. (Instit. ivi § 5. L. 14. § 3. de tut.)

c) In caso di destituzione o di esenzione per i motivi indicati altrove:

***Desinunt* etiam *tutores* esse, qui vel removentur a tutela ob id quod suspecti visi sunt, vel qui ex justa causa sese excusant et onus administrandae tutelae deponunt. (Instit. ivi § 6. L. 14. D. ivi.)**

§ 5.

Continuazione — *Conseguenze che derivavano dalla* cessazione *della* tutela *e della* curatela.

In qualunque maniera venisse a cessare la *tutela* o la *curatela*, non per questo venivano anche a cessare tutti i *rapporti giuridici* tra i *tutori* ed i *curatori* e coloro che erano stati soggetti al loro *magistero*. Ed in prima, dovevano render conto (*rationes reddere*) di quel che avevano operato durante la *tutela* o la *curatela*, esibendo agl' interessati i registri (*inventaria auctionalia*) (1) di codeste operazioni, che avevano il dovere di compilare; ed in loro mancanza si poteva da parte degl' interessati supplire con la testimonianza dei servi che erano stati adoperati in tali operazioni:

Officio *tutoris* (2) incumbit etiam *rationes* actus sui conficere et pupillo *reddere*: caeterum, si *non fecit*, aut si *factas* non *exhibet*, hoc nomine judicio tutelae tenebitur. De *servis* quoque *interrogationes*, sed et quaestiones habendas, et hoc officio judicis convenire placuit: nam D. Severus decrevit, cum neque *inventaria*, neque *auctionalia* proferentur, remedio eo uti debere, ut *rationes a servis* qui rem gesserant *proferan-*

(1) *Rationalia instrumenta auctionis* (Gotofr. nota alla L 1. § 2. D. lib. 27. tit. 2. de tut. et rat. distrah.)

(2) Dicasi lo stesso dei curatori (Ved. lo stesso autore ivi).

tur , *has rationes* si esse mala fide conscriptas a servis dicunt tutores, etiam in quaestionem servi interrogari poterunt. (L. 1. § 3. D. lib. 27. tit. 3. de tut. et rat. distrah.)

In secondo luogo rimanevano risponsabili di quel che avevano fatto malamente , o avevano omesso di fare, sia per *dolo*, sia per *colpa*, sia per *negligenza*:

In omnibus quae *fecit* tutor, cum *facere non deberet* , item in his quae *non fecit* , *rationem reddet* hoc judicio: praestando *dolum, culpam* et quantam in suis rebus *deligentiam*. (Ivi pr.)

Dovevano inoltre continuare le operazioni iniziate e non compiute, e fare tutto quel che non avrebbe potuto farsi per la cessazione del loro *magistero* , nè dagli interessati, qualora non fossero più soggetti alla *tutela* o *curatela*, nè da coloro che subentravano nel luogo dei *tutori* o *curatori* precedenti, qualora vi restassero tuttavia soggetti :

Si tutor *post pubertatem* pupilli negotia *administraverit*, in judicium tutelae veniet id tantum , *sine quo administratio tutelae expediri non potest*. Si vero *post pubertatem* pupilli is qui tutor ejus fuerat, fundos ejus vendiderit, mancipia et praedia comparaverit , neque venditionis hujus, neque emptionis ratio judicio tutelae continebitur. (L. 13. D. ivi.)

Per conseguire i *conti* della *tutela*, le leggi avevano stabilita un' *azione* speciale detta *actio tutelae directa*, la quale però si poteva esercitare solo per gli affari o *iniziati* e *compiuti* durante la *tutela* , o che sebbene fossero stati *compiuti dopo* che il *tutore* avesse cessato in qualunque maniera di esercitarne le funzioni, erano nondimeno stati iniziati prima ; ma per quelli *iniziati* e *compiuti dopo* la cessazione di queste funzioni, si doveva far ricorso all'azione comune, detta *negotiorum gestorum* :

Sed et illud est verum , si *coeperit* negotia admini-

strare *post tutelam finitam, devolvi judicium tutelae in negotiorum gestorum actionem*: oportuit enim eum a semetipso tutelam exigere (Ivi).

Pei *conti* della *curatela* al contrario non vi era *azione speciale*, ma si applicava l' azione comune *negotiorum gestorum*:

Cum *furiosi curatore non tutelae* sed *negotiorum gestorum actio est*: quae competit etiam dum negotia gerit: quia non idem in *hac actione*, quod in *tutelae actione*, dum impubes est is cujus tutela geritur constitutum est. (L. 4. § 3. ivi).

.... Si quis, cum tutelam administrasset, *idem curator* adolescenti fuerit datus, dicendum est *negotiorum gestorum* eum conveniri posse. (L. 13. ivi.)

Ma se i *tutori* ed i *curatori* aveano dei doveri da compiere, anche dopo che veniva a cessare il loro *magistero*, verso coloro che vi furono un tempo sottoposti, aveano a vicenda dei *diritti* da esercitare contro di loro mediante *azioni* della stessa natura e dello stesso *nome* (*contraria tutelae vel negotiorum gestorum actio*, o *contrarium judicium*). Vero è che avuto riguardo al tempo in cui tali diritti si acquistavano, coloro contro i quali competevano, erano *incapaci* di obbligarsi, nè potevano essere *autorizzati* a farlo da quegli stessi verso i quali l' obbligazione si contraeva, pel noto principio *nemo fieri potest auctor in rem propriam* (1). Ma i Pretori per rendere più facile l' accettazione della *tutela* e della *curatela*, trovarono necessario di accordar loro anche delle azioni.

Contrariam tutelae actionem Praetor proposuit, induxitque in usum, ut *facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione*. Quamquam enim *sine tutoris auctoritate* pupilli *non obligentur*, nec in *rem suam*

(1) Ved. pag. 378.

tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est, ut tutori suo pupillus *sine tutoris auctoritate civiliter obligetur*, ex administratione scilicet. (L. 1. D. pr. lib. 27. tit. 4. de contrar. tut. et util. act.)

Sed et si *curator* sit vel pupilli vel *adolescentis*, vel *furiosi*, vel *prodigi*, dicendum est etiam his *contrarium* (*judicium*) *dandum*. (L. 1. § 2. D. ivi).

Codesta specie di rapporti giuridici nei quali si trovavano costituiti reciprocamente i *tutori* ed i *curatori*, e coloro che erano stati soggetti a *tutela* o a *curatela*, furono annoverati fra i *quasi contratti* secondo il linguaggio della scuola, e secondo le fonti tra le *obbligazioni quae nascuntur quasi ex contractu* (1).

Tutores quoque, qui tutelae judicio *tenentur*, *non proprie ex contractu obligati intelliguntur* (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur), sed quia sane non *ex maleficio tenentur*, *quasi ex contractu teneri videntur*. Hoc autem casu *mutuae sunt actiones*; non tantum enim *pupillus cum tutore* habet tutelae actionem, sed ex contrario *tutor cum pupillo* habet contrariam tutelae, si vel *impenderit* aliquid in rem pupilli, vel pro eo *fuerit obligatus*, aut *rem suam creditori eius obligaverit*. (L. Inst. lib. 3. tit. 38. § 2.)

Ma che cosa potevano i *tutori* ed i *curatori* pretendere contro coloro che erano stati soggetti al loro *magistero*? Potevano pretendere il pagamento di tutto quello che avevano *speso* e la *liberazione* dalle obbligazioni che avevano assunte sia *personalmente* sia sul *loro patrimonio* (2). E per quanto concerne in ispecie

(1) Rigorosamente parlando il *quasi contratto* si dovrebbe limitare a' rapporti *passivi* in cui si trovano i *tutori* ed i *curatori*, e gli *attivi* si dovrebbero attribuire alla *legge* (V. il testo pr.); imperocchè i *quasi contratti* suppongono un *fatto* per parte di chi resta *obbligato*, e questo si trova solo nel primo caso. Ma di ciò alla *Dottrina* de' *quasi contratti*.

(2) Ved. il testo precedente.

le *spese*, i *tutori* ed i *curatori* avevano diritto ad essere *indennizzati* anche dove oltrepassassero la fortuna di coloro che erano soggetti a *tutela* o *curatela*, purchè l' eccedenza fosse stata giustificata dalla *necessità* o dall' *utilità*.

Quid ergo, si *plus in eum impendit*, quam est in *facultatibus*? videamus, an possit hoc consequi. Et LABEO scribit, posse. Sic tamen accipiendum est, si expedit pupillo ita tutelam administrari. Caeterum *si non expedit*, dicendum est, absolvi pupillum oportere: neque enim in hoc administrantur tutelae, ut *mergantur pupilli*: judex igitur, qui contrario judicio cognoscit, *utilitatem pupilli* spectabit, et an tutor *ex officio sumptus fecerit*. (L. 3. lib. 27. tit. 4. de contrar. tut. et util. act.)

In tesi generale i *tutori* ed i *curatori* non potevano pretendere un *soccorso* (*solatium*), ma si poteva però loro costituire, ed allora si aveva anche diritto a riscuoterlo :

Principalibus constitutionibus declaratur : *sumptuum* qui bona fide in *tutelam*, non qui in *ipsos tutores fiunt*, *ratio haberi solet* : nisi ab eo qui eum dat, *certum solatium* ei constitutum est. (L. 33. § 3. D. lib. 26. tit. 7. de administrat. et peric. tut. et curat.)

Nè potevano trarre dalle cose che amministravano alcuna *utilità*, dovendo gli *aumenti* che nascono dalle cose stesse, o in qualunque altra maniera si ottengono, considerarsi come parte di esse (1).

. . . . . *Lucrum* facere ex *tutela* non debet. (L. 58. pr. D. lib. 26. tit. 7. ivi).

(1) Ved. il testo a pag. 384.

LIBRO II.

Oggetti de' diritti (1).

§ 1.

Generalità

Oggetti de' *diritti* sono le *cose* (res). Questo principio è assoluto tanto nel *Diritto razionale*, quanto nel *Diritto positivo* (2). Tuttavia potrebbe sembrare che nel *Diritto Romano* andasse soggetto a due eccezioni: una nel rapporto de' *servi*, e l'altra nel rapporto de' *filiifamilias*, atteso al potere che avevano i *padroni* (*domini*) ed i *patresfamilias* sopra di loro (3). Ma nell'uno e nell'altro caso l'eccezione è una pura *parvenza*.

Nel primo si ebbe bisogno di ricorrere ad una *finzione* per assoggettare i *servi* al *potere assoluto* dei *padroni*: i *servi* furono *assimilati* alle *cose* (res) (4). Perciò divennero *oggetti* de' *diritti* come *cose* e non come *persone*. Così li troviamo annoverati insieme ai *quadrupedi* fra le *res mancipi:* ed in un *legato* di un fondo *cum omnibus rebus*, si ritenne che vi andassero compresi anche gli *schiavi*:

Mancipi res sunt .... *servi* et *quadrupedes* etc. (Ulp. Reg. tit. 19. § 1.)

Cum ita *legatur* illi hoc amplius *fundum* illum cum

(1) Ved. la nota 1. alla pag. 40.
(2) Ved. pag. 42 e seg. ed i Primi, lib. 1. cap. 2. in f.
(3) Ved. pag. 110 e seg. 219 e seg.
(4) Ved. pag. 110.

omnibus rebus quae in eodem fundo erunt, mancipia quoque continentur (L. 32. § 2. D. lib. 31. de leg. 11.)

Nel secondo caso taluni scrittori suppongono la medesima *finzione* (1); ma niuna pruova esiste nelle fonti che anche i *filiifamilias* siano stati da' Romani assimilati alle *cose*, e come tali soggetti alla potestà del *paterfamilias*; ed i luoghi che si citano hanno ben altro significato (2). Laonde i rapporti di *autorità* (*patria potestas*) e di *suggezione* tra i *patresfamilias* ed i *filiifamilias* furono assimilati a quelli che passano tra i *sudditi* ed i *Sovrani* di uno STATO, e spiegati nella stessa maniera, attesa la similitudine tra l' *antica famiglia romana* e lo STATO (3). Ora come il *Sovrano* era la *personificazione* dello STATO, il *paterfamilias* era la *personificazione* della FAMIGLIA; e lo STATO e la FAMIGLIA nella *realtà* della vita rappresentano il *Diritto obiettivo* (*Jus regola*) (4). I *filiifamilias* dunque, come i *cittadini* in generale, erano soggetti al *Diritto regola* e non al *Diritto potere*.

Vero è che sotto certi rapporti i *filiifamilias* si trovavano nella medesima condizione dei *servi*: così essi potevano come questi essere *venduti, dati in pegno, revindicati* ecc. (5); ma da una parte la loro *personalità* non restava per nulla pregiudicata, essendo tenuti verso i *terzi* soltanto a prestare i loro *servigi* (6); dall'altra questo esagerato potere della *famiglia* sopra i suoi membri era una conseguenza istorica del *Diritto positivo* dei popoli antichi (7).

(1) Ved. la STORIA, lib. 1. cap. 3. in f.
(2) Ivi.
(3) Ved. pag. 219 e seg.
(4) Ved. pag. 219 ed i PRIMI, pag. 43 e 44.
(5) Ved. pag. 222 e seg.
(6) Ivi.
(7) Ved. pag. 217. e seg.

Ma quali erano le *cose* che formavano la materia degli *oggetti* dei *diritti*? In un senso *latissimo* la parola *res* abbracciava tutto quello che si è capaci di *concepire* con la mente (1); laonde alcuni pretendono che derivasse dal verbo *reor (pensare)* (2). In questo senso si estendeva anche alle *persone*. Così, parlando degli *interdetti*, cioè de' mezzi coi quali i Pretori solevano tutelare il *patrimonio* e le *persone* dei cittadini, queste sono comprese sotto il generico nome di *res*.

Videamus de quibus *rebus interdicta* competunt. Et sciendum est, *interdicta* aut de *divinis rebus*, aut de *humanis* competere. *Divinis*, ut de *locis sacris* vel de *locis religiosis*. De *rebus* hominum interdicta redduntur, aut de *his* quae sunt *alicujus*, aut de his quae *nullius* sunt. Quae sunt *nullius* haec sunt: LIBERAE PERSONAE etc. (L. 1. D. lib. 43. tit. 1. De interd.) (3).

In un significato più *ristretto* per *res* s' intende tutto ciò che non è *persona*. Tale è il significato che prende questa voce nella *partizione* della materia del *Diritto* che fa GAJO, seguita da GIUSTINIANO:

Omne jus quo utimur, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones* (Comm. 1. § 8).

In questo significato abbraccia non solo le *cose* propriamente dette (*entia*) nel linguaggio de' filosofi, ma anche i *fatti* (*facta*).

..... Sequitur ut de *obligationibus* ex *maleficio* et *quasi ex maleficio* dispiciamus.... hae vero unius generis sunt, nam omnes ex RE nascuntur, id est ex *ipso maleficio*, veluti ex *furto*, *rapina*, *damno*, *injuria* (Instit. lib. 4. tit. 1).

REM quidem illicitam et inhonestam admisisse te con-

(1) In natura, appellatione *rerum* venit hoc universum, quod dicitur *mundus*, et quidquid in mundo est (VICO, de uno univ. jur. pr. § 107.

(2) Ved. FESTO, v. *reor* — VOSSIO, Etimol.

(3) Ved. pure il testo a pag. 475.

fiteris, quia proponis filios ingenuos a te venundatos. Sed quia FACTUM tuum FILIIS obesse non debet, adi competentem judicem (si vis), ut causa agatur secundum ordinem juris (Leg. 1. Cod. lib. 7. tit. 16 de lib. causa).

In un significato anche *più ristretto* del precedente la parola RES si distingue anche dalla parola *factum*: così parlando delle *stipulazioni*, si dice che possono avere per oggetto non solo le COSE (*res*), ma anche i FATTI (*facta*):

> **Non solum RES in stipulatione deduci possunt, sed etiam FACTA (Instit. lib. 3. tit. 15. §. 7).**

In quest'ultimo significato la parola *res* riceve un'ultima restrizione, la quale deriva dal bisogno di rendere possibile l' attuazione dei *diritti* che si possono acquistare sulle *cose*. Or codesta attuazione è possibile soltanto qualora le *cose* ricevano talune limitazioni più o meno larghe, ma sempre *riconoscibili* a certi segni naturali o convenzionali; perciò per *res* s' intende *una parte determinata del mondo esteriore* (1).

CAPITOLO 1.

SEZIONE 1.

Delle COSE (*res*) in ispecie (2)

§ 1.

CONCETTE *delle cose.*

Noi abbiamo detto altrove che le COSE (*res*) sono gli *esseri* che consistono solo nel CORPO (3). Dal concetto di *cose* dunque venne escluso tutto ciò che non è CORPO. Tale infatti è il senso proprio e primitivo della parola RES; imperocchè anche quando si faccia deri-

(1) Ved. di SAVIGNY, § 53; AHRENS, ENCYCL. lib. 2. Sez. 3. § 4.
(2) D. lib. 1. tit. 8. (de rer. div. et qual.) Inst. lib. 2. tit. 1.
(3) Pag. 46.

vare da *reor* (*pensare*) (1), gli uomini per lungo tempo non furono capaci di *pensare* se non ciò che *appariva ai loro sensi* (2); ma per traslazione fu dai filosofi estesa a significare anche le *idee* o *concezioni* della mente (*notio*) (3). Se questa *traslazione* fosse stata l' opera degli STOICI o di altra classe di filosofi, è stato sempre controverso (4). Se non che sembra che essi non fossero stati di accordo circa l' *essenza* delle *cose incorporali*. Così secondo CICERONE le sole cose *corporali esistono*, o come si disse dai filosofi del medio evo, costituiscono degli ENTI: le *incorporali* sono delle pure *parvenze* o *immagini*:

> **Definitionum duo sunt *genera prima*: unum earum *rerum* quae SUNT, alterum earum rerum quae *intelliguntur*. *Esse* ea dico, quae cerni tangive possunt, ut fundum, aedes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, supellectilem, penus et cetera. *Non esse* rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum *nullum subest quasi corpus*, est tamen quaedam *conformatio insignita* et impressa intelligentiae, quam *notionem* voco (5).**

Secondo SENECA al contrario le cose *incorporali* esistono come le *corporali*:

> **QUID QUID EST, aut *corporale* est, aut *incorporale* (6).**

Ad imitazione dei filosofi, i giureconsulti trasferirono nell' ordine del *Diritto* non solo la voce *res* a significare le *concezioni* della mente, ma anche la distinzione delle *res corporales et incorporales*.

(1) Ved. pag. precedente.

(2) Ved. VICO, 2. SCIENZA NUOVA, Dign. 63. e CHASSAN, Symbolique, Introd. p. 6. e. seg.

(3) Ved. SENECA, Epist. 58.

(4) Ved. CUIACIO, Obs. lib. 9. cap. 31. VINNIO, lib. 2. tit. 2.

(5) Topica cap. 5.

(6) Epistola 58.

Rei appellatione et *causae* et *jura* continentur (L. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)

Quaedam *res corporales* sunt, quaedam *incorporales*. *Corporales* hae sunt quae *tangi possunt*: veluti fundus, *homo*, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. *Incorporales* sunt quae *tangi non possunt*: qualia sunt ea quae in *jure* consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad *rem* pertinet, quod in hereditate *res corporales* continentur: (nam) et fructus qui ex fundo percipiuntur *corporales* sunt: et id quod ex aliqua *obligatione* nobis debetur, plerumque *corporale est*; veluti fundus, *homo*, pecunia: nam *ipsum jus successionis*, et ipsum *jus utendi* fruendi, et ipsum *jus obligationis incorporale* est. Eodem numero sunt *jura* praediorum urbanorum etrusticorum: quae etiam servitutes vocantur (L. 1. D. lib. 1. tit. 8. de div. rer. et qual. Inst. lib.2.tit.2)

Ma che cosa diremo circa l'altra quistione che facevano i filosofi intorno all' *essenza* delle *cose incorporali*? Paolo parlando delle servitù prediali dice che esse non sono nè tra i beni (*ex bonis*), nè fuori dei beni (*extra bona*).

Nec usus, nec ususfructus *itineris, actus, viae, aquaeductus legari* potest, quia *servitus servitutis esse non potest*: nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur ut *omnium, quae in* BONIS SINT, ususfructus legari possit, quia *id neque ex bonis, neque extra bona sit* (L. 1. D. lib. 33. tit. 2. de usu et usuf. ecc.)

Or da questo concetto di Paolo si è dedotto che egli non credesse all'*esistenza* delle *cose incorporali* (1). Ma ammettendo i giureconsulti l'*esistenza* degli *universali*, come vedremo in appresso, o bisogna attribuire alle parole di Paolo un' altro significato, o è necessario ri-

(1) Ved. Vinnio l. c. — Einn. antiq. rom. lib. 2. tit. 2. § 4. e n. a Vinn. Nood. probabil. jur. civ. lib. 3 cap. 3.

tenere che il *sistema* che gli si vuole attribuire fosse un' opinione particolare di lui.

Del rimanente checchè sia di questa quistione, certa cosa è, che quando i giureconsulti parlano di *cose incorporali*, non intendono punto di estenderle a tutte le *concezioni* della mente, ma di restringerle a quelle soltanto le quali sono capaci di *rapporti giuridici* (*quae adquiri possunt et patrimonium augent*) (1). Imperocchè vi sono *concezioni* della mente che senza dubbio potrebbero chiamarsi *cose incorporali* nel senso *filosofico*, ma *impropriamente* si appellerebbero tali nel *senso giuridico*, quali sono le *concezioni* di cui parla Seneca scrivendo a Lucilio :

> In *rerum natura* quaedam *sunt*, quaedam non *sunt*: et haec quae *non sunt*, rerum *natura* complectitur, quae animo succurrunt, tamquam *centauri*, *gigantes*, et quidquid aliud *falsa cogitatione* formatum habere aliquam *imaginem* coepit, quamvis *non habeat substantiam* (2).

In questo senso nelle fonti si trova la parola *jus* posta in antitesi colla parola *corpus* e *res* :

> .... Videamus quae veniant in hereditatis petitionem. Et placuit universas *res* hereditarias in hoc judicium venire , sive *jura* sive *corpora* sint. (L. 18. § 2. D. lib. 5. tit. 3. de hered. petit.)
>
> Sive *corporis* dominus, sive is, qui *jus* habet, utputa servitutem, de damno infecto caveat (L. 13. § 1. D. lib. 39. tit. 2. de damno infecto).
>
> .... Si paret *rem* actoris esse ... Si paret *jus* utendi fruendi ... (3).

Ma vi ha chi opina che volendo parlare di questa

(1) Ved. Vinnio l. c.

(2) Epist. 58. Questo potrebbe sembrare in contraddizione col precedente ; ma limitata l' *inesistenza* di cui si parla in questo testo, alle *cose fantastiche*, si viene confermando quella delle *razionali*, alle quali appartengono i così detti *jura*.

(3) Ved. Brissonio de form. Keller Proced. rom.

distinzione con maggiore proprietà, bisognerebbe lasciare il nome di *res* alle *cose corporali*, e denominare le *incorporali* col nome di *jura* (1). Queste locuzioni infatti s' incontrano nelle antiche formole, come risulta da' testi precedenti.

Alcuni *interpetri antichi* insegnarono che la distinzione di *cose corporali* ed *incorporali* fosse stata introdotta dal *Diritto civile*, essendo ignota al *Diritto delle genti*, e credettero di dimostrarlo assumendo che tutti i modi di acquistare per *Diritto delle genti* suppongono le *cose corporali*, e che i modi di acquistare le *incorporali* non s' incontrano che nel *Diritto civile* (2). Ma altri dimostrarono codesta opinione non essere del tutto esatta, attesochè parecchi modi di acquistare per *Diritto delle genti* versano anche intorno a *cose incorporali* (3).

Anche quanto all' importanza pratica di questa distinzione, gl' *interpetri antichi* non erano uniformi. Alcuni opinavano che fosse del tutto *nominale* ed *astratta* (4). Altri invece riconoscevano di non essere di un uso pratico molto esteso, ma trovarsi nondimeno applicata utilmente in parecchi casi (5).

Alcune di queste quistioni si sono riprodotte anche nella *Scuola moderna* dei *romanisti*, ed in ispecial modo si è di nuovo discusso se le cose *incorporali* avessero nell' ordine delle *idee* una *realtà*, o fossero non altro che *finzioni* introdotte dal *Diritto positivo* per conseguire certi scopi nell'*ordine* puramente *giuridico*, come sembra indicare la stessa parola *jus*, destinata, come si è veduto, a qualificarle. Ma si è finito anche

(1) Ved. EINNECIO l. c.
(2) Ved. DONELLO lib. 5. cap. 1. num. 1.
(3) Ved. HILLINGERO, note al DONELLO ivi.
(4) Ved. OTTOMANO, Instit. lib. 2. tit. 2.
(5) DONELLO ivi § 4. — BACOVIO, Instit. lib. 2. tit. 2.

oggi per riconoscere la loro *reale esistenza a priori*, attribuendo al *Diritto positivo* non la *creazione* di esse, ma la semplice *manifestazione*. Insomma si è con ragione ammessa la distinzione delle *cose corporali* ed *incorporali* per la stessa *necessità* per la quale in tutti i tempi ed in tutti i luoghi venne riconosciuta la distinzione delle persone *fisiche* e *giuridiche* (1).

§ 2.

Continuazione — *Essenza e qualità delle cose* corporali *ed* incorporali (2).

L' universalità delle *cose corporali* venne dai filosofi concepita come *unità* (*unitas*) (*nihil nascitur sine UNITATE*) (3). Ad essa dettero il nome di *mundus* (4) con voce latina, e di *cosmo* (κοσμος) (5) con voce greca, e più specialmente di *rerum natura*. (*Rerum natura* nihil extra se habet) (6).

I giureconsulti usavano in preferenza questa locuzione come risulta dal costante modo di dire che tennero volendo indicare l' *esistenza* o *inesistenza* delle *cose particolari*. Così una *cosa* si reputava di *esistere*

(1) Ved. PUCHTA. § 222. MAKELDEY, § 160. MÜCHLENBRUCH, § 219.

(2) La dottrina delle *cose*, come giustamente venne osservato dall' AHRENS (l. c.), è stata trattata massime da' moderni con molta negligenza; onde accade che nei casi particolari o bisogna fermarsi a spiegare certi *concetti* che vi hanno relazione per intendere i giureconsulti, o se ne discorre come *supposti noti*, mentre in realtà sono ignoti.

(3) SENECA, quaest. nat. lib. 2.

(4) Ved. CICERONE, de nat. deor. lib. 2. num. 14. de Leg. lib. 3. n. 1. OVID. Fast. 5. n. 11, PLUTAR. de placit. philos. lib. 2. cap. 1. n. 3. SENECA, Nat. quaest. lib. 2. cap. 1.

(5) PLUTARCO, De Plac. phil. lib. 1. cap. 5.

(6) ANTONINO, Com. lib. 8. n. 50.

o di *non esistere* secondo che era o no in *rerum natura.*

Ea quae dari impossibilia sunt, vel quae in *rerum natura non sunt*, pro non adjectis habentur (L. 135. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

.... Unusquisque, quod spopondit, suo impendio dare debet, quandiu id quod debet in *rerum natura est.* (L. 20. D. lib. 38. tit. 1. de oper. libert.) (1).

In questo *mondo* o *cosmo*, tanto i filosofi quanto i giureconsulti riconoscevano un principio *motore* e *fattore* di tutte le *cose particolari*; il quale ora si trova chiamato *causa*, ora *vis naturalis* o *divina*: ora *fatum:* ora anche *natura*, soggetto però ad un supremo regolatore (*regens*) (2). La più comune ai *filosofi* era però la voce *causa*, massime quando si voleva indicare l'*origine prima* di tutte le cose (*causa causarum*) come risulta da Cicerone:

Ordinem seriemque *causarum* quum *causa causae* nexa rem ex se gignat (3).

I giureconsulti però si sogliono servire più particolarmente delle altre locuzioni (4).

Secondo gli uni e gli altri le *cose particolari* costituiscono altrettante *individualità* (*species*). Codeste *individualità* sono il risultato delle *forme* (*formae*) che assumono alcune *parti* del mondo: di qui deriva il noto aforismo *forma dat esse rei* (5). La *forma* dunque suppone la *materia*:

(1) Ved. altri esempii nei testi riportati a pag. 49.

(2) Ved. Seneca Epist. 58. 65. e 102. il testo a pag. 479 e la nota a pag. 499.

(3) De divinat. lib. 1. n. 55. Seneca, Epist. 65.

(4) Ved. gli esempii nel Brissonio sotto codeste diverse voci: L'Orimini nell' opera cit. nei Primi (lib. 1. cap. 13), al cap. della *Fisica giuridica*. Moriani, Filosof. dei giurecons. pag. 50 e 51.

(5) Seneca, Epist. 65.

Sine *materia* nulla *species* effici potest. (L. 7. § 7. D. lib. 41. tit. 1. de adquir. rer. dom.) (1)

Codesto rapporto necessario tra la *forma* e la *materia*, di cui si compongono le *cose individuali*, dette luogo ai *Proculiani* e *Cassiani* di quistionare se le *cose* si dovessero giudicare *esistenti* dalla *forma* o dalla *materia*, e però se la loro *esistenza* si debba attribuire al *proprietario* della *materia* o all' *autore* della *forma*; del che parleremo a suo luogo:

Cum quis ex aliena materia *speciem* aliquam suo nomine fecerit, NERVA et PROCULUS putant, hunc dominum esse qui *fecerit*: quia quod *factum est*, antea nullius fuerat. SABINUS et CASSIUS magis *naturalem rationem* efficere putant: ut qui *materiae* dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem *materia* factum sit, dominus esset: quia sine *materia* nulla *species* effici possit: veluti si ex auro, vel argento, vel aere vas aliquod fecero; vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero; vel ex lana tua vestimentum etc. (L. 7. § 7. D. ivi. Instit. lib. 2. tit. 1. § 25.)

La *materia* era considerata di serbare sempre gli stessi caratteri ed essere *eterna* non per se stessa, ma per opera della provvedenza. La *forma* invece essere *fugace*, e soggetta non solo a *mutarsi*, ma anche ad *estinguersi*.

Mundus . . . *aeterna res* et invicta, *mutatur, nec idem manet. Manent* cuncta non quia aeterna sunt, sed quia defunduntur *cura regentis* (2).

Perciò l'*esistenza* delle *cose individuali* veniva a *cessare* quando o diventavano *informi* o passavano da una *forma* all' altra, salvo se la *materia* non sia tale che si possa ridurre all' *antica forma* sempre che si voglia:

(1) SENECA, Epist. 65.
(2) SENECA, Epist. 58.

Mutata forma prope *interimit substantiam rei* (L. 9. § 3. D. lib. 10. tit. 4. ad exhib.)

Res abesse videntur.... hae, quarum *corpus manet, forma mutata est*: et ideo si *corruptae* redditae sint, vel *transfiguratae*, videri abesse: quoniam plerumque plus est in *manus pretio* quam in *re*. (L. 13. § 1. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)

. . . Ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possunt *initia*, ea *materiae potentia victa, nunquam vires ejus effugiant* (L: 78. § 4. D. lib. 32. tit. 1. de leg. 111).

Così una *veste lacerata* o una *tazza rotta* cessano di esistere, non perchè manca la *materia*, ma perchè viene a cessare la *forma*.

Labeo et Sabinus existimant, si *vestimentum scissum* reddatur, vel *res corrupta* reddita sit, veluti *scyphi collisi*, aut tabula rasa pictura, videri rem abesse: quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in *arte* sit positum. (L. 14. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.)

I filosofi credevano ad una mancanza di *esistenza* in ogni alterazione della *forma* quantunque minima.

Quaecumque *videmus* et *tangimus* . . . *fluunt*, et in *assidua diminutione* atque *adjectione sunt* (1).

Ma i Giureconsulti richiedevano un mutamento totale della *forma*, quantunque venissero a cessare alcune soltanto, o anche tutte le parti della *materia*. Il giureconsulto Alfeno applica questo principio ai tribunali, alle legioni, al popolo, alle *navi*:

Proponebatur: ex his judicibus qui in eamdem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse, inique eorum locum alios esse sumptos: et querebatur singulorum judicum *mutatio eamdem rem*, an *aliud judicium* fecisset? Respondi, non modo si *unus*, aut alter, sed et si *omnes judices* mutati essent, tamen et *rem eamdem*, et *judicium idem* quod antea fuisset per-

(1) Seneca, ivi.

manere. Neque in hoc solum evenire, ut *partibus commutatis* eadem res esse existimaretur, sed et in multis caeteris rebus: nam et *legionem* eamdem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii sublecti essent: et *populum* eumdem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque *navem* si adeo saepe refecta esset, ut *nulla tabula* eadem permaneret, quae non *nova* fuisset, nihilominus eamdem navem esse existimari. Quod si quis putaret, *partibus commutatis aliam rem fieri*, fore ut ex ejus ratione *nos ipsi non iidem essemus*, qui abhinc anno fuissemus: propterea quod, ut Philosophi (1) dicerent, ex quibus *particulis minimis* consisteremus, hae quotidie ex nostro corpore decederent, aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cujus *rei species eadem* consisteret, *rem quoque eamdem esse existimari*. (L. 76. D. lib. 5. tit. 1. de jud. et ubi quisq. agere debeat).

Parrebbe che la distinzione fra *materia* e *forma* non avesse un fondamento nella *natura* stesse delle *cose*, poichè non si può fare astrazione del *mondo* considerato sia nella sua *unità*, sia nella *pluralità* delle sue parti, da una qualsiasi *forma*: tuttavia la *materia* si diceva di assumere la *forma* quando uscendo dallo stato d'*indeterminazione* o *continuità* (*inertia*) nel quale si concepisce il *mondo*, assumeva certe proporzioni per le quali ciascuna parte si distingue dal *tutto* e dalle altre *parti* del *tutto*. Nello stato di *continuità*, la *materia* si appellava *rude* (*rudis*) (2) o *informe* (*infecta* o *non facta*) (3) o *massa* o *massa rudis* (4).

(1) SENECA, ivi.

(2) Ved. BRISSONIO v. *rudis*.

(3) Ved. L. 78. § 4. lib. 32. tit. 1. (de leg. et fideicom.) Instit. lib. 2. tit. 1. § 15.

(4) L. 10. § 5. D. lib. 7. tit. 4. (quib. mod. ususfr. amit.) L. 9. § 3. D. lib. 10. tit. 4. (ad exib.)

Il *fattore principale* delle *forme* per le quali all' *unità* si sostituisce la *pluralità* nel mondo delle *cose*, è la *natura* stessa (1).

Dicunt Stoici nostri duo esse in *rerum natura*, *causam* et *materiam*: *causa* (natura) id est *ratio*, *materiam format*, et quocunque vult versat. *Materia jacet iners* ad omnia parata, cessatura si nemo moveat (2).

L' uomo però non solo può dar *forma* ad alcune parti di essa, ma può *modificare* anche quelle che già si trovano *informate* dalla *natura* (3). In conseguenza egli ha il potere di aggiungere alle *individualità* che derivano dalla *natura*, quelle che sono l' opera dell' *arte*. Il suo lavoro fu chiamato nella scuola *specificazione* (*specificatio*); ma i giureconsulti l' appellavano *novam speciem facere* (4). Il potere dell' *uomo* tuttavia è limitato alle sole *forme esterne*. Così può dipingere o scolpire un animale, ma formarlo non già.

Anche le *cose incorporali* avevano, secondo i filosofi ed i giureconsulti, la loro *unità* in un' idea *suprema*, che si considerava come l' *archetipo* o *tipo* di tutte le *idee particolari*:

. . . . Ex his quoque quae *sensum* quidem *effugiunt*, ceterum *ratione* prenduntur, esse in quibusdam *unitatem* corporum (5).

Idea est eorum quae natura fiunt exemplar aeternum (6).

(1) Seneca ivi.
(2) Seneca, Epist. 64.
(3) Ved. il testo antecedente.
(4) Ved. il testo a pag. 479.
(5) Seneca, nat. quaest. lib. 2. cap. 11.
(6) Seneca, Epistola 58.

Sezione 2.

Classificazione delle cose dell' una e dell' altra specie fondata nella loro stessa natura.

Generalità

Pei filosofi il mondo delle *cose corporali* si componeva di *tre parti*, che chiamavano *caelestia, sublimia* et *terrena*.

Omnis de *universo* quaestio in *caelestia* , *sublimia* et *terrena* dividitur. Prima pars naturam *daorum* , et magnitudinem et formam ignium , quibus mundus includitur . . . Secunda pars tractat inter coelum terramque versantia . . . Tertia illa pars de *agris, terris, arbustis, satis* quaerit, et (ut *jurisconsultorum verbo utar*) de *omnibus quae solo continentur* (1).

Le due prime parti non sono del tutto estranee al *Diritto* : esse non possono direttamente divenire materia di *rapporti giuridici*, ma possono entrarvi come *accessorie* di altre *cose* che formano la *terza parte*. Anzi alcune cose che appartengono a questa, non cadono sotto le *regole* del *Diritto* , se non nella stessa guisa delle *cose* che appartengono alle altre due; come l'*acqua*, la quale quantunque appartenga alla *terza parte*, è posta nondimeno alla stessa linea dell' *aria*, che entra nella *seconda*.

. . . *Naturali jure communia* sunt omnium haec : *aer*, *aqua profluens*, et mare, et per hoc *litora* maris (Instit. lib. 2. tit. 1. § 1).

Ma le *cose* che *direttamente* possono essere *oggetto* de' *diritti*, secondo le regole precedenti, non sono tutte *capaci* degli stessi *rapporti giuridici*, e però non van-

(1) Seneca, quaest. nat. lib. 1.

no soggette alle medesime *regole.* Ma non potendo neppure avere riguardo alla loro *individualità,* ed al loro stato di *fatto presente* o *possibile,* perchè sarebbe stato *impossibile* proporzionare le *regole* al loro *numero* e *posizione* , fu necessario *classificarle* ad esempio dei *zoologi* e dei *botanici.* Alcune di queste *classificazioni* si fondano immediatamente nella *natura* stessa delle *cose*; altre suppongono certi *rapporti giuridici* nei quali le *cose* già si trovano costituite al tempo in cui si debbono sottomettere a *novelli diritti* o *modificare.* Ora il rigore del metodo richiede che in questo luogo si tratti soltanto delle *prime,* riserbando di trattare delle *seconde* al loro luogo (1).

§ 1.

Cose immobili *e cose* mobili (*immobiles et mobiles*).

Le parti del *cosmo* possono assumere una determinata *forma* in due modi differenti, e però in due modi differenti dall' *unità* può nascere la *pluralità* delle cose, che poi diventano altrettante *individualità.* Possono le *parti* di esso, rimanendo tuttavia congiunte al tutto, manifestarsi esternamente con una *forma particolare*: possono anche distaccarsi divenendo altrettante *totalità.* Così le *piante* rimangono attaccate al suolo che le produce: i loro frutti al contrario si distaccano da esse quando sono diventati maturi. Lo stesso dicasi

(1) Anche quì noi ci allontaniamo dal modo comune che si tiene nella scuola. Forse per un malinteso principio di *unità* si suole discorrere contemporaneamente delle cose sotto l' uno e l'altro rispetto, non badando che discorrendo della classificazione delle cose dipendenti dai *rapporti giuridici*, nei quali già si trovano costituite , p. e. dal *diritto* di *proprietà*, bisogna aver conosciuto codesti rapporti.

degli animali in generale. Di qui deriva la distinzione delle cose *immobili* e delle cose *mobili*.

a.) *Immobili*. *Razionalmente* parlando, gl' *immobili* sono soltanto i *terreni* e ciò che il terreno *producendo* rimane tuttavia congiunto con esso.

> **.... Arborum quae in fundo continentur non est separatum corpus a fundo (L. 40. D. lib. 41. tit. 1. de act. ampl.)**
>
> **Fructus pendentes pars fundi videntur (L. 41. lib. 6. tit. 1. de rei vind.)**

Ma diventa tale anche tutto ciò che *ab extrinseco* al terreno si *unisce*; il che ha dato luogo alla scuola di distinguere gl' *immobili* per *natura* e gl' *immobili* per *destinazione* Perciò i giureconsulti appellavano gl' *immobili*, dell'una e dell'altra *specie*, *immobiles*, *res soli* o *res solo conjunctae*.

> **Qui certam *pecuniam numeratam* petit, illa *actione* utitur, si *certum* petetur: qui autem alias res, per *triticiariam condictionem* petet. Et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter *pecuniam numeratam*: sive in *pondere*, sive in *mensura* constent; sive *mobiles* sint, sive *soli*. Quare *fundum* quoque per hanc actionem petimus, etsi *vectigalis* sit: sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque praediorum (L. 1. D. lib. 13. tit. 3. de condict. trit.)**

Fra le cose che si *uniscono* al *suolo* sono gli *edifizi*; i quali per la loro importanza furon del tutto assimilati ai *terreni*, onde gli uni e gli altri vennero appellati col nome di *praedia*. Di qui la distinzione de'*praedia* in *rustica et urbana*: intorno alla cui definizione gl'interpetri non sono d' accordo, atteso il diverso significato che s' incontra nelle fonti. Secondo alcuni testi parrebbe che tutt' i *terreni* fossero *praedia rustica*, e

tutti gli *edifizii praedia urbana*, dovunque fossero posti, senza aver riguardo alla *destinazione*. Tali sono due frammenti di Ulpiano ed un luogo delle Istituzioni;

> *Urbana praedia omnia aedificia* accipimus, non solum ea quae sunt in *oppidis*, sed et si forte *stabula* sunt, vel alia *meritoria* in *villis* et in *vicis*: vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia *urbanum praedium non locus facit*, sed *materia*. Proinde *hortos* quoque si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum sit urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis haec non sunt urbana (L. 198. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.)

> *Aedificia urbana* quidem *praedia* appellamus: caeterum etsi in villa aedificia sint, aeque servitutes urbanorum praediorum constitui possunt. (L. 1. D. lib. 8. tit. 4. comm. praed. ec.)

> Praediorum urbanorum servitutes sunt quae aedificiis inhaerent: ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam *aedificia omnia urbana praedia appellantur*, etsi in *villa aedificata sint* (Inst. lib. 2. tit. 3. § 1.)

Secondo altri parrebbe che dalla *destinazione* e non dalla *natura* del *praedium* i giureconsulti facessero derivare la distinzione; cosicchè *urbana* fossero i *praedia* destinati all'*uso* di città, e *rustica* quelli destinati agli *usi villerecci*. Tale sembra un frammento di Nerazio.

> Eo jure utimur ut quae in *praedia urbana* inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit. In *rusticis praediis* contra observatur. *Stabula* quae non sunt in continentibus *aedificiis*, quorum praediorum a numero habenda sint, dubitari potest? Et quidem *urbanorum* sine dubio non sunt, cum a caeteris aedificiis separata sint. Quod ad *causam* ta-

men, talis, taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt (L. 4. D. lib. 20. tit. 2. in quib. caus. pig. ec.)

Essi avevano anche un altro nome comune: li appellavano *fundi*.

Fundus est omne quidquid *solo tenetur* (L. 115. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.)

Questo nome però si soleva più spesso applicare solo ai *terreni*, appellando gli *edifizii* con quello di *aedes*, siccome risulta dal seguente luogo di Gaio.

Et *mobilium* quidem rerum anno complectitur usucapio; *fundi* vero et *aedium* biennio: et ita lege XII tab. cautum est (Com. 2. § 42. Ved. pure Cic. Top. cap. 4.)

Dal *fundus* inteso in questo secondo significato differivano: a) il *locus*, che era una parte del *fundus*; b) l' *ager*, che era un luogo del tutto rustico; c) il *pratum*, che era un terreno i cui frutti si raccoglievano colla *falce*:

Locus est non *fundus*, sed *portio aliqua fundi*: *fundus* autem *integrum aliquid* est: et plerumque sine *villa* locum accipimus. Caeterum adeo opinio nostra et constitutio *locum* a *fundo* separat, ut et *modicus locus* possit *fundus* dici, si fundi animo eam habuimus. Non enim magnitudo *locum* a *fundo* separat, sed *nostra affectio*: et quaelibet portio fundi poterit *fundus* dici, si jam hoc constituerimus: nec non et *fundus*, *locus* constitui potest: nam si eum alii adjunxerimus fundo, *locus fundi* efficietur. *Loci* appellationem non solum ad *rustica*, verum ad *urbana* quoque *praedia* pertinere, Labeo scribit. Sed *fundus* quidem suos *habet fines*; *locus* vero *latere potest*, quatenus determinetur et definietur (L. 60. D. lib. 50. tit. 16.)

Ager est locus qui *sine villa* est (L. 27. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.)

Pratum in quo ad fructum percipiendum falce duntaxat opus est: ex eo dictum, quod paratum sit ad fructum capiendum. (L. 31. ivi).

Talvolta si trovava in antitesi anche con *possessio*. Ed allora l' uno significa la cosa stessa; l'altra l' uso di essa.

Quaestio est, *fundus* a *possessione*, vel *agro*, vel *praedio* quid distet? Fundus est omne quidquid solo tenetur. Ager est, si species fundi ad usum hominis comparatur. *Possessio* ab agro juris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc *possessionem* appellamus. *Possessio* ergo *usus*; ager proprietas loci est. L. 115. ivi).

I *mobili* potevano essere *immobilizzati* in due maniere, cioè o *connettendoli* agl' *immobili*, o destinandoli al loro *servizio*.

Potevano esser connessi agl' *immobili* in parecchie maniere. Ma restavano *immobilizzati*, solo quando facessero parte del fondo cui erano connessi. Ora la regola per conoscere quando i *mobili* congiunti agl' *immobili* formassero o no parte degl' *immobili* stessi, era questa: *ea quae juncta fissaque erant*, facevano parte del *fondo* e perciò restavano *immobilizzati*; *ea quae ruta caesaque erant*, non facendo parte del *fondo*, non cambiavano la loro primitiva natura di *mobili*.

FIRMUS a PROCULO quaesiit, si de *plumbeo castello fistulae* sub terram missae, aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum, an *hae aedium essent*? an ut *ruta caesa, vincta fixaque*, quae aedium non essent? Ille rescripsit, referre quid acti esset. Quid ergo si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet? Nonne proprius est, ut *inserta* et *inclusa* aedificio par-

tem ejus esse existimemus (L. 38. §, 2. D. lib. 19. tit. 1. de act. empt. et vend.)

Questo principio si trova applicato ai seguenti casi:

***Granaria* quae ex tabulis fieri solent , ita aedium sunt, si stipites eorum in terra *defossi* sunt : quod si supra terram sunt , *rutis* et *caesis* cedunt. *Tegulae* quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in *rutis* et *caesis* habentur. Aliud juris est in his quae detractae sunt ut reponerentur , aedibus enim accedunt (L. 18. D. lib. 19. tit. 1. ivi).**

Quae *tabulae pictae* protectorio includuntur, item crustae marmoreae, aedium sunt (L. 17. § 3. ivi).

***Statuae affixae basibus* structilibus , aut *tabulae* relegatae catenis , aut erga parietem adfixae , aut si similiter cohaerent lychni, non sunt aedium : ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur. LABEO ait. Prothyrum quod in aedibus (interim qui) fieri solet , aedium est (L. 245. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.)**

I *mobili* di ogni specie possono essere destinati agli *usi* degl' *immobili*. Senonchè quest' *uso* può essere o *a tempo* o *a perpetuità*. Ora solo in quest' ultimo caso i *mobili* reputavansi *parte* del *fondo*, e però *immobilizzati*.

LABEO generaliter scribit , ea , *perpetui usus causa* in aedificiis sunt, *aedificii* esse : quae vero ad *praesens non esse aedificii* , ut puta fistulae , temporis quidem causa positae, non sunt aedium : verumtamen, si *perpetuo* fuerint positae, *aedium sunt*. Castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata, aut quae terra continentur, *quamvis non sint adfixa*, aedium esse constat (L. 17. §§ 7. ed 8. D. lib. 19. tit. 1. de act. empt. vend.)

I seguenti testi ne contengono l' applicazione.

a) Aedibus distractis, vel legatis, ea *esse aedium* solemus dicere, quae quasi *pars aedium*, vel *propter aedes* habentur, ut puta puteal (L. 13. § 31. D. lib. 19. tit. 1. ivi).

b) *Lines* et *labra* salientes, fistulae quoque, quae salientibus junguntur, quamvis longe excurrant extra aedificium, aedium sunt. Item *canales*. *Pisces* autem, qui sunt in *piscina*, non sunt aedium nec fundi (L. 15. D. lib. 19. tit. 1. ivi.)

c) *Rota* quoque, per quam *aqua traheretur*, nihilominus *aedificii est*, quam *fistula* (L. 40. § 6. D. lib. 18. tit. 1.)

d) *Fistulae* autem et *canales* et *crateres*, et si qua sunt alia ad aquas salientes necessaria: item *serrae* et *claves*, *magis domus portio* quam domus *instrumentum* sunt (L. 12. § 24. D. lib. 33. tit. 7. de instr. et instr. leg.)

e) *Fundo vendito* vel *legato*, *sterculinum* et *stramenta* emptoris et legatarii sunt: *ligna* autem, venditoris vel heredis; quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In *sterculino* autem distinctio TREBATII probanda est: ut si quidem *stercorandi* agri causa comparatum sit, emptorem sequatur; si *vendendi*, venditorem: nisi si aliud actum est. Nec interest, in *stabulo* jaceat, an *acervus sit* (L. 17. § 2. D. lib. 19. tit. act. empt. et vend.)

La differenza che passa tra codeste due ipotesi consiste nella natura del rapporto che debbe trovarsi tra la cosa *mobile* e l' *immobile*. Nella prima ipotesi questo rapporto è puramente *fisico*, prescindendo da qualunque *intenzione* per parte dell' autore della congiunzione. Cosicchè congiunte *fisicamente* le due cose nel primo caso, anche quando per qualche provvisorio bisogno si separassero, non cesserebbero di essere considerate tuttavia nell' ora detto rapporto.

Pali qui vineae causa parati sunt, antequam collo-

centur, *fundi non sunt*; sed qui *exempti* sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt (L. 17. §11. D. lib. 19. tit. 1.)

Ea quae ex aedificio *detracta* sunt, ut *reponantur*, aedificii sunt. (L. 17. § 10. D. lib. 19. tit. 1.)

Al contrario, preparate le cose per essere unite, ma non unite ancora, si conservano nella loro particolare condizione, e però i *mobili* restano tali fino alla *congiunzione* con l' *immobile*, quantunque siano già destinati a quest' uso.

. . . . . quae *parata* sunt ut *imponantur*, non sunt aedificii (ivi).

***Tegulae*, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in *rutis* et *caesis* habentur. Aliud juris est in his quae detractae sunt ut *reponentur*: aedibus enim accedunt. (L. 18. § 1. ivi).**

Nella seconda ipotesi questo rapporto è puramente *morale*, poichè si fonda nell' *intenzione* dell' uomo.

In entrambe le ipotesi è necessario tuttavia che la cosa *mobile* e l' *immobile* appartengano alla stessa persona.

§ 2.

Continuazione — *Mobili*

b) *Mobili*. I *mobili* erano di due maniere, *mobili* per forza estrinseca, *mobili* per forza *intrinseca*, i quali perciò appellavansi *semoventi* (*semoventes*).

Labeo scribit: Edictum aediliium curulium de venditionibus rerum esse, tam earum quae *soli sint*, quam earum quae *mobiles* aut *semoventes*. (L. 1. D. lib. 21. tit. 1. de aed. edict. etc.)

Quare specialis in rem actio locum habet in *omnibus rebus mobilibus*, tam *animalibus*, quam his quae *anima carent*. (L. 1. § 1. D. lib. 6. tit. 1. de rer. vind.)

I *mobili* propriamente detti erano innumerevoli, e tutti andavano compresi sotto il gènerico nome di *mobiles*, qualunque altronde fosse la denominazione speciale che ricevessero nell' uso. Ma ve n' erano alcuni che oltre il nome generico di *mobiles*, assumevano ancora un altro nome per una specie di tecnicismo introdotto nella pratica e nella scienza. Tali erano quelli che andavano compresi sotto i seguenti nomi: *supellex*, *instructus* et *instrumentum*, *vestimenta*, *penus*, *merx*, *ruta*, *caesa*, *mobilia* (1).

Supellectilis eas esse res puto quae ad usum communem patrisfamilias paratae essent, quae nomen sui generis separatim non haberent: quare quae ad artificii genus aliquod pertinerent, neque ad communem usum patrisfamilias accomodatae essent, supellectilis non esse. (L. 6. D. lib. 33. tit. 10).

In *instrumento* fundi ea esse, quae fructus *quaerendi*, *cogendi*, *conservandi* gratia parata sunt. SABINUS libris ad Vitellium evidenter enumerat. *Quaerendi*, veluti homines qui agrum colunt et qui eos exercent, praepositive sunt his; quorum in numero sunt *villici* et *monitores*; praeterea *boves domiti*, et *pecora*, *stercorandi causa parata*; *vasaque utilia culturae*; quae sunt *aratra*, *ligones*, *sarculi*, *falces putatoriae*, *bidentes*, et si *qua similia* dici possunt. *Cogendi*, quemadmodum *torcularia*, *corbes*, *falcesque messoriae*, *falces foenariae*, quali vindemiatorii, exceptoriique, in quibus uvae comportantur. *Conservandi*, quasi dolia, licet defossa non sint, et cupae. (L. 8. D. lib. 33. tit. 7.)

Vestis an *vestimenta* legentur, nihil refert. *Vestimentorum* sunt omnia *lanea*, *lineaque*, *vel serica*, *vel bombucina*, quae *induendi*, *praecingendi*, *amiciendi*, *insternendi*, *injiciendi*, *incumbandive* causa parata sunt: et quae his accessionis vice cedunt, quae sunt insitae pic-

(1) MUEHLENBRUK, § 221.

turae, clavique, qui vestibus insuuntur. *Vestimenta* omnia aut *virilia sunt*, aut *puerilia*, aut *muliebria*, aut *communia*, aut *familiarica*. *Virilia* sunt, quae ipsius patrisfamiliae causa parata sunt: veluti *togae*, *tunicae*, *palliola*, *vestimenta*, *stragula*, *amfitapa*, *et saga*, reliquaque similia. *Puerilia* sunt, quae ad nullum alium usum pertinent nisi puerilem: veluti *togae praetextae*, *aliculae*, *chlamydes*, *pallia*, quae filiis nostris comparamus. *Muliebria* sunt, quae matrisfamiliae causa sunt comparata, quibus vir non facile uti potest *sine vituperatione*: veluti *stolae*, *pallia*, *tunicae*, *capitia*, *zonae*, *mitrae* quae magis *capitis tegendi* quam *ornandi* causa sunt comparata, *plagulae*, *penulae*. *Communia* sunt, quibus promiscue utitur mulier cum viro: veluti si ejusmodi *penula palliumve est*, et *reliqua hujusmodi*, quibus *sine reprehensione* vel vir vel uxor utatur. *Familiarica* sunt, quae ad familiam vestiendam parata sunt: sicuti *saga*, *tunicae*, *penulae*, *lintea*, *vestimenta*, *stragula et consimilia*. *Vestis etiam* ex pellibus constabit. (L. 23. D. lib. 34. tit. 2. de aur. arg. ecc.)

Qui *penum* legat, quid legato complectatur, videamus: et Quintus Mucius scribit lib. 2. Juris Civilis *penu legata* contineri quae *esui potuique sunt*: idem Sabinus, libris ad Vitellium scribit: quae harum, inquit, patrisfamiliae, uxoris, liberorumve ejus vel familiae, quae circa eos esse solet; item *jumentorum*, quae dominici *usus causa parata sunt*. Sed Aristo notat, etiam quae *esui potuique non sunt*, contineri legato, ut puta ea in quibus esse solemus, *oleum forte*, *garum*, *muria*, *mel*, *caeteraque* his similia. Plane (inquit) si *penus esculenta* legetur, Labeo lib. 9. Posteriorum scribit, nihil eorum cedere, quia non haec esse, sed per ea solemus. Trebatius in *melle contra* scribit: merito quia *mel* esse solemus. Sed Proculus omnia haec contineri recte scribit: nisi contraria mens testatoris appareat. *Esculenta* utrum ea quae esse, an et ea per

63

quae esse solemus, legaverit? Et ea quoque legato contineri credendum: nisi contraria mens patrisfamiliae doceatur: mella certe semper esculentae penui cedere. Lacertas quoque cum muria sua contineri, nec LABEO negavit. (L. 3. D. lib. 33. tit. 9. de penu leg.)

Mercis appellatione homines non contineri, MELA ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait: et recte. (L. 207. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.)

Tigni appellatione continetur omnis materia ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam ajunt tegulam quoque ac lapidem, et testam, caeteraque, si quae aedificiis sunt utilia: tigna enim a tegendo dicta sunt: hoc amplius et calcem et arenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae, pedamenta. (L. 1. D. lib. 47. tit. 3. de tigno junct.)

Si *ruta* et *caesa* excipiantur in venditione, ea placuit esse *ruta*, quae *eruta* sunt; ut arena, creta, et similia: *caesa* ea esse ut arbores *caesas*, et carbones, et his similia. GALLUS autem AQUILIUS, cujus MELA refert opinionem, recte ait, frustra in lege venditionis de *rutis* et *caesis* contineri: quia si non specialiter venierunt, ad exibendum de his agi potest: neque enim magis de *materia caesa*, aut de *cementis*, aut de arena cavendum est venditori, quam de caeteris quae sunt pretiosiora. (L. 17. § 6. D. lib. 19. tit. 1. de act. empt. et vend.)

I *semoventi* al contrario erano i soli *animali* (*animalia*).

Moventium item *mobilium* appellatione, idem significamus: si tamen apparet defunctum *animalia* duntaxat, quia se *ipsa moverent*, *moventia* vocasse: quod verum est. (L. 93. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sign.)

LABEO scribit. Edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse, tam earum *quae soli sint*, quam earum quae *mobiles* aut *semoventes*. L. 1. pr. D. lib. 21. tit. 1. de aedil. edicto).

Tuttavia i *servi* furono assimilati agli *animali*.

Gli *animali* erano divisi e classificati sotto due punti di vista differenti.

Sotto il punto di vista della loro *indole* erano divisi in *fieri* (*bestiae ferae*), *mansueti* (*bestiae mansuetae*), e *mansuefatti* (*bestiae mansuefactae* o *mansuetae factae*).

Non troviamo nelle fonti alcuna definizione intorno agli *animali* che costituivano questa prima classificazione, ma solamente esempi: Così nel numero degli *animali fieri* mettevansi le api, i pavoni, i colombi.

Apium natura fera est. (L. 5. § 2. D. lib. 41. tit. 1. de adquir. rer.)

Pavonum et columbarum fera natura est. (§ 5. ivi).

Nel numero de' *mansuefatti* i cervi.

Cervos quoque ita *mansuetos* habent ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum *feram* esse naturam nemo negat. (ivi).

Nel numero dei *mansueti* ponevansi le galline e le oche:

Gallinarum et anserum non est *fera* natura: palam est enim alias esse *feras* gallinas, et alios *feros* anseres. (L. 5. §. 6. ivi)

Ma da alcuni cenni intorno alle qualità specifiche di ciascuna specie di *animali* che abbiamo presso GAIO, autore di tutto ciò che a questo proposito dicono le fonti, si comprende facilmente in che consisteva la differenza fra queste tre prime classi di *animali*.

a) Gli *animali fieri* erano tutti quelli che non si potevano altrimenti possedere che per mezzo della *forza*.

Itaque ..... *feram* bestiam, aut volucrem, aut piscem ...,. captum ..... eousque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coerceatur (GAIO, Com. 2. § 67. Instit. lib. 2. tit. 1. § 12.)

..... *feras* bestias quas vivariis incluserimus, et pisces quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. (L. 3. § 14. D. lib. 41. tit. 2. De adquir. vel amitt. possess.)

b) I *mansuefatti* erano gli *animali* che quantunque *fieri*, si lasciavano tuttavia possedere indipendentemente da qualunque mezzo fisico, ma che potevano facilmente far ritorno alla loro naturale *fierezza*; la qual cosa si presumeva quando, involatisi al consorzio dell' uomo, non vi facevano per un tempo a bastanza lungo ritorno.

In his autem *animalibus* quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque nostra esse intelligantur, donec revertendi animum habeant: quod si desierint *revertendi animum habere*, denant nostra esse .... Intelliguntur autem desiisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint. (L. 5. § 5. D. lib. 41. tit. 1. De adquir. rer.)

c) I *mansueti* infine erano gli *animali* destinati naturalmente ad essere dall' uomo posseduti, ed al cui dominio non si sapevano sottrarre che per un caso assai strano.

Sotto il punto di vista dello *spazio* in cui solevano vivere, gli *animali* erano divisi in *terrestri*, *aquatici* e *celesti*.

Animalia quae terra, mari, coelo capiuntur ecc. (L. 1. § 1. ivi).

Neppure di quest' altra classificazione degli *animali* le fonti contengono la definizione, ma non mancano gli esempi di essi.

§ 3.

Continuazione — *Applicazione della distinzione alle cose* incorporali.

La distinzione delle cose in *mobili* ed *immobili* rigorosamente non si poteva applicare che alle cose *corporali* soltanto, perchè esse pure sono sole capaci di *moto* o di *quiete*. Tuttavia per le relazioni in cui si trovano i *diritti* con le *cose*, in alcuni casi andavano regolati nella stessa maniera e prendevano posto tra le *cose mobili* o *immobili*. Un' applicazione di questa similitudine s' incontra in una Costituzione di Giustiniano, con cui assoggettò alla stessa prescrizione le cose *quae immobiles sunt* vel *esse intelliguntur* :

. . . . Per praesentem legem, et in italicis *soli rebus* quae *immobiles* sunt, vel esse INTELLIGUNTUR, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus : ut tantummodo et his decem, vel viginti, vel triginta annorum, et aliarum exceptionem tempora currant, hujusmodi angustiis penitus semotis. (L. unic. Cod. lib. 7. tit. 31. de usucap. transfer. ecc.)

Atteso questo rapporto si dovrebbero trovare nelle fonti i *criterii* per classificare i *diritti* fra i *mobili* o gl' *immobili*; ciò non di meno non vi s'incontrano che alcuni testi che vi hanno una lontana relazione. Così Ulpiano dice che forma parte del *patrimonio* di un individuo ciò che ha diritto di potere legittimamente *dimandare* :

Id apud se quis *habere* videtur, *de quo* habet *actionem*: habetur enim, quod *peti potest*. (L. 143. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)

Paolo dice che colui il quale abbia diritto a *rivendicare* una *cosa*, si reputa già di averne il *possesso* :

> Is qui *actionem* habet ad rem *recuperandam*, ipsam rem *habere* videtur (L. 15. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

E MODESTINO, abbracciando l' una e l' altra ipotesi, aggiungeva che entra nel *patrimonio* di un individuo tutto ciò che si può *ritenere* in linea di *eccezione*, o si può *ricuperare* in via di *azione*.

> *Rem* in *bonis nostris* habere intelligimur, quotiens *possidentes*, *exceptionem*; aut *amittentes* ad *reciperandam* eam, *actionem habemus* (L. 52. D. lib. 41. tit. 1. de adquir. rer. dom.)

Sopra questi ed altri testi gl' interpetri fondarono la teorica che un *diritto* od un' *azione* si debba reputare *mobile* o *immobile*, secondo che il loro *oggetto* appartenga all' una o all' altra categoria; la quale dottrina era generalmente ricevuta ai tempi del CONNANO come questo insigne giureconsulto viene attestando:

> *Jura* autem et *actiones*, quas res *incorporeas* appellamus, *mobilibusve* an *immobilibus* computentur, licet varient aliquantum nostrarum sententiae, tamen eo decursum est ut putentur *naturam* sequi ejus *rei* quae debetur: et si *res mobilis* debeatur, censeatur ea *obligatio mobilis*: si *fundus* et quodvis aliud *solo* conjunctum, *immobilis* habeatur (1).

Tuttavia gl' interpetri posteriori rimisero in quistione questo *criterio*, che sembrava omai fermato, massime per l' autorità che godeva il CONNANO. Fra gli altri GIOVANNI VOET ne fece un' aspra censura (2), il quale però si restrinse a *distruggere* l' antico sistema senza che ad esso ne avesse sostituito un nuovo. Una delle buone cose che osservò fu questa, vale a dire che volendo anche seguire l' *antico crite-*

(1) Pr. jur. civ. lib. 3. cap. 3. n. 11.
(2) Ved. Com. lib. 1 tit. 8 § 21.

rio vi sarebbero stati sempre dei *casi* in cui sarebbe rimasto inapplicabile, essendovi dei *dritti* e delle *azioni* l' *oggetto* dei quali è una *cosa* egualmente *incorporale* com' essi, e però non capace di essere annoverata nè tra i *mobili* nè tra gl' *immobili*: tali sono l' *eredità* (*hereditas*), il *peculio* (*peculium*) (1).

La quistione è stata ripresa fra gl' interpetri moderni, alcuni seguendo il *criterio* ammesso ai tempi del Connano e non tenendo conto delle critiche del Voet (2), altri suggerendo un *novello criterio*. Fra quest' ultimi merita di essere ricordato ciò che venne proponendo il Muchlenbruch, secondo il quale, per abbracciare tutti i casi, i dritti e le azioni si debbano qualificare *mobili* o *immobili* tenendo conto non dell' *oggetto*, ma della *volontà* del *legislatore* o dei *privati*, e dell' analogia dei *casi* simili espressamente preveduti dalle leggi (3).

§ 4.

Cose di genere, *cose di* specie, *o* individui.

Le cose *corporali* e le *incorporali* sono ordinate in guisa, che mentre si distinguono per l' *individuale forma* che assumono nella loro *esistenza* di *fatto*, si assimilano quanto alla loro *comune natura*. Sotto quest' ultimo rapporto inoltre la comunanza di natura è più *prossima* o più *remota* con le *individualità*, secondo la maggiore o minore distanza che passa fra la *sostanza* e la *forma*, secondo i fini della creazione. Di qui la distinzione che fanno i filosofi degl' *indivi-*

(1) L. c. § 19.

(2) Ved. Tibaut. Pand. § 152. Maynz, § 113. ammette questo criterio, ma non crede fondato nelle fonti l'estensione della divisione ai *diritti*. Goudsmit, la restringe ad alcuni casi speciali (Pand. § 40. n. 1.)

(3) Doctrina Pandectarum § 222.

dui o *individualità*, delle *specie* o *generi prossimi*, e de' *generi* o *generi remoti* (1).

Poichè nel *genere* o *genere remoto* entrano anche le più *abiette cose* della creazione, in Diritto questo *genere* non ha alcuna *importanza giuridica*, ed è perciò che per i giureconsulti e pei legislatori non esistono che *generi prossimi*, e *specie* o *individualità*; onde essi soli possono essere soggetti a *rapporti giuridici*. Nè sotto questo rispetto solamente essi si allontanano dai filosofi, ma se ne allontanano altresì quanto alla *nomenclatura*; imperocchè alle *individualità* diedero nome di *species*. ed al *genere prossimo* quello di *genus*.

In stipulationibus alias *species*, alias *genera deducuntur* (L. 54. D. lib. 45. tit. 1. de verb. oblig.)

(1) Di questo rapporto tra le *cose* per lo quale son considerate ora *genere*, ora *specie*, ora *individuo*, ci porge un esempio Seneca, il quale prima di esporre la Dottrina Platonica sul riguardo ne racchiude il concetto in poche parole.

.... Illud *genus* quaerimus, ex quo ceterae *species* suspensae sunt, a quo nascitur omnis divisio, quo universa comprehensa sunt. Invenietur, si coeperimus *singula* retro legere; sic enim perducemur ad *primum*. *Homo species* est.... *equus species* est, *canis* species: ergo *commune* aliquod quaerendum est in his omnibus *vinculum*, quod illa complectatur, et sub se habeat. Hoc quid est? *Animal*. Ergo *genus* esse coepit omnium horum quae modo retuli, *hominis, equi, canis, animal*. Sed sunt quaedam, quae animam habent, nec sunt *animalia*. Placet enim *satis* et *arbustis* animam inesse: itaque et *vivere* illa, et *mori* dicimus. Ergo *animantia* superiorem tenebunt locum, quia animalia in hac *forma* sunt et *sata*. Quaedam anima carent, ut *saxa*; itaque aliquid erit *animantibus* antiquius, scilicet *corpus*: hoc sic dividam, ut dicam, corpora omnia aut *animata* esse aut *inanimantia*. Etiamnum est aliquid superius, quam *corpus*. Dicimus enim quaedam *corporalia* esse, quaedam *incorporalia*. Quid ergo erit ex quo haec diducantur? Illud cui nomen modo parum proprium imposuimus, quod est. Sic enim in *species* secabitur, ut dicamus: Quod est, aut *corporale* est, aut *incorporale*. Hoc ergo *genus* est primum et antiquissimum, et ut dicam, *generale*: cetera *genera* quidem sunt, sed *spe-*

§ 5.

Cose singolari e cose universali.

Secondo i giureconsulti le *specie* o *individui* si possono considerare in due diversi rapporti: o prese *singolarmente*, o prese *insieme*. Quando sono prese *singolarmente* possono esser tali per *natura* o per *arte*. Le cose tali per *natura* sono composte egualmente di parti come quelle che sono tali per *arte*; ma nelle prime le *parti* sono *continue*, cioè unite *organicamente*, come un *cavallo*, un *albero* ecc.; nelle seconde sono *commesse*, cioè unite *meccanicamente*, come una *nave*, una *casa*, ecc. Le prime perciò, poichè si formano di un sol *getto* (*uno spiritu*), vennero comprese sotto il nome di *unitum*: le altre, formandosi per mezzo di *coesione*, vennero comprese sotto il nome di *connexum*.

Quando invece si considerano *insieme*, la loro *individualità* rimane distinta, ma vengono considerate sotto un aspetto *comune*, ed espresse con un *solo* e *medesimo nome*, come un *gregge* (*grex*).

> **. . . . Tria autem *genera* sunt *corporum*. Unum, quod continetur uno *spiritu*, et graece ἡνωμένον, id est *unitum* vocatur; ut *homo*, *tignum*, *lapis*, et similia. Alterum, quod ex *contingentibus*, hoc est, pluribus inter se *cohaerentibus* constat, quod συνημμένον, id est *connexum* vocatur; ut *aedificium*, *navis*, *armarium*. Tertium, quod *ex distantibus* constat; ut corpora plura non soluta, sed *uni nomini* subjecta, veluti *populus*, *legio*, *grex*. (L. 30. D. lib. 41. tit. 3. de usurp. et usucap.)**

Anche questa dottrina era stata insegnata dai filosofi, come parte di quella generale del *cosmo*, rite-

cialia... Illud, QUOD EST, _generale (genus)_, supra se nihil habet: initium rerum est: omnia sub illo sunt. Stoici volunt superponere huic etiam aliud _genus_ magis _principale_. (Epist. 58.)

nendone i concetti, e mutandone soltanto la nomenclatura con non molta felicità (1).

Sopra di codesta dottrina, la scuola distinse le cose in *singolari* ed *universali*, abbracciando sotto il nome di *singolari* ciò che i giureconsulti dissero *unitum* et *connexum*, senza però confonderle, ma dando il nome di *semplici* a quelle le cui parti sono congiunte *organicamente*, e di *composte* a quelle le cui parti sono unite *meccanicamente*. Dettero poi il nome di *universali* alle cose comprese sotto lo *stesso aspetto* ed espresse collo *stesso nome*.

Le cose comprese nella prima categoria non possono essere che *corporali*; ma quelle al contrario le quali entrano nella seconda categoria possono essere egualmente *corporali* o *incorporali*, imperocchè si può egualmente riunire sotto un medesimo aspetto i *dritti* o le *cose*, anzi si possono unire insieme le une e le altre, come avviene nel *patrimonio* (*patrimonium*), nel *peculio* (*peculium*), nell' *eredità* (*hereditas*). Di queste unioni di più *diritti* o di più *cose*, e *cose* e *diritti* insieme, s' incontrano degli esempi anche nelle fonti, dove

(1) Ecco quello che trovasi in Seneca: « Quoniam dixi de *partibus*, in quas omnis rerum naturae materia dividitur, quaedam in commune sunt dicenda... quid sit hoc et quare praecipiendum fuerit, scies si paulo altius repetiero et dixero aliquid esse *continuum*, aliquid *commissum*. *Continuatio* est partium inter se non *intermissa conjunctio*. Unitas est sine *commissura continuatio*, et duorum inter se conjunctorum corporum *tactus*. Numquid dubium est, quin ex his corporibus quae videmus tractamusque, quae aut sentiuntur aut sentiunt, quaedam sint *composita*? Illa costant aut *nexu*, aut *acervatione*: ut puta funis, frumentum, navis. Rursus *non composita*: ut arbor, lapis » (Natural. quaest. lib. 2. cap. 2.) « Quaedam *continua* esse *corpora*, ut hominem: quaedam *composita*, ut navem, domum, omnia denique quorum diversae partes, *junctura* in unum sunt *coactae*: quaedam ex *distantibus*, quorum adhuc *membra separata* sunt, tamquam exercitus, populus, senatus. Illi enim, per quos ista *corpora* efficiuntur, *jure* aut *officio cohaerent*, natura diducti, et *singuli* sunt. » (Epist. 102).

si dà loro egualmente il nome di *universitas*, come il *gregge*, l'*eredità* ed il *peculio*:

Quotiens *gregis* vel *armenti*, vel equitii, id est *universitatis* ususfructus legatus est ecc... (L. 70. § 3. D. lib. 7. tit. 1. de usufr.)

Non solum in *hereditate* utimur senatusconsulto, sed et in *peculio castrensi*, vel alia *universitate* (L. 19. § 10. D. lib. 5. tit. 3. de her. pet.)

A ragione dunque la scuola distinse le cose *universali*, in *universali* di *fatto* e di *diritto* (*universitas facti* ed *universitas juris*), distinzione che alcuni interpetri considerarono come inesatta (1).

Ma qual è l'uso pratico di questa dottrina? Essa si trova applicata all'acquisto della proprietà di cui il giureconsulto Paolo ci porge un esempio.

. . . . Quaecumque aliis juncta sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea quamdiu *cohaerent*, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut *separentur*, et tunc vindicentur; scilicet excepto eo quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim si statuae suae ferruminationi junctum brachium sit, *unitate* majoris partis consumi: et quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit: quia ferruminatio per eamdem materiam facit confusionem: plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his *corporibus*, quae ex *distantibus corporibus essent*, constat *singulas partes* retinere suam propriam *speciem*; ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus: sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in *cohaerentibus* cor-

(1) Ved. Goudsunt (§ 39) e gli autori che cita in nota; de Crescenzio, § 35 e. n. In contr. Puchta, § 222. Maynz, § 116. Serafini, § 68.

poribus evenerit: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse: quia tota statua *uno spiritu* continetur (L. 23. § 5. D. lib. 6. tit. 1. de rei vind.)

Come è facile vedere, l'*universitas*, sia di *fatto*, sia di *diritto*, è sempre una cosa *incorporale*, o come taluni oggi l'appellano una *cosa giuridica*, a similitudine della *persona giuridica* (1), le cui parti possono essere *cose corporali* (*universitas facti*) e *cose incorporali* (*universitas juris*). Ora qual è il rapporto in cui si trovano coll'*universitas* le *cose singulari*, siano *corporali* siano *incorporali*, che ne costituiscono l'essenza? Parrebbe che perdessero la loro importanza giuridica particolare per dar luogo a quella che acquista l'*universitas*, sembrando che fosse inconcepibile una doppia importanza come *unità* e come *individualità*. Tuttavia a taluni è sembrato che le fonti ammettessero il sistema contrario, argomentando da alcuni testi, secondo i quali si permette di esercitare sulle cose che costituiscono una università gli stessi poteri che si potrebbero avere come cose singulari. Così il proprietario di un *gregge* può rivendicare non solo il *gregge* ma anche ciascun *capo* di esso.

Per hanc actionem (*cioè la rei indicatio*) non solum *singulae res* vindicabuntur, sed posse etiam *gregem* vindicari, Pomponius libro lectionum 25 scribit. Idem et de armento, et de equitio, caeterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim *gregem* sufficiet ipsum nostrum esse, licet *singula capita* nostra non sint: *grex* enim, non *singula corpora* vindicabuntur. (L. 1. § 3. D. lib. 6. tit. 1. de rei vindic.)

Ma il potere che si esercita in questi ed altri casi, non differisce punto dal potere che si esercita

(1) Puchta, § 222.

sulle parti di qualunque altra cosa anche *singolare*, vale a dire, non come *individualità*, ma come parte di una *unità*.

Intesi in questo modo i rapporti fra le cose singulari di cui una *universitas* si compone, e la stessa *universitas*, si può rendere ragione del valore che si debba attribuire alle cose, che in qualunque siasi maniera succedono in luogo di quelle che originariamente costituivano l' *universitas*, che gl' interpetri restrinsero al solo caso del prezzo succeduto alla cosa (*pretium in locum rei*), o della cosa che succede al prezzo, cioè al danaro contante (*res in locum pretii*). In generale si ritenne ammissibile la sostituzione soltanto nell' *universitas juris*, anzi fu ristretta alla sola *hereditas*; ma alcuni l' estesero ad ogni sorta di *universitas* (1). Ora questo sistema sembra che si concilii meglio co' principii sopra enunciati.

Ma fino a quando dura questo rapporto? È necessario che le cose *singole* esistano nel numero e nella forma primitiva in tutti i momenti? Argomentando da' casi particolari che s' incontrano nelle fonti, pare che non sia necessario che le cose *singole* si mantengano sempre nello stesso numero e nella stessa forma originaria. perchè esista l' *universitas*; ma verrebbe senza dubbio a cessare qualora, o venissero tutte a mancare o ad assumere una nuova forma, o ancora la parte maggiore di esse andasse soggetta all' una o all' altra modalità.

Cum *gregis* usus fructus legatus est, et usque eo numerus pervenit *gregis* ut *grex* non intelligatur, *perit* ususfructus (L. 31. D. lib. 7. tit. 4. quib. mod. ususfr. vel usus amit.)

(1) Ved. gli autori cit.

Oves pro numero abactorem, aut furem, aut abigeum faciunt : quidam decem oves gregem esse putaverunt. (L. 3. D. lib. 47. tit. 14. de abig.)

Nè varrebbe invocare in favore del sistema contrario quel che si trova stabilito per le persone giuridiche (1), perchè non vi è parità di ragioni.

§ 6.

Cose divisibili ed indivisibili.

Razionalmente parlando tutte le cose sono *divisibili,* poichè tutte possono esser ridotte in *parti* più o meno grandi. Se non che in alcune cose le parti sono in tali relazioni col *tutto*, che distruggendo il *tutto* colla divisione, si distruggono anche le *parti,* come avviene nei corpi *organici,* p. e. in un cavallo, ed in alcuni corpi *inorganici,* come in un vaso. In altre invece le *parti,* conservando anche dopo la divisione il *valore* che avevano quando erano ancora unite al *tutto*, diventano perciò esse stesse altrettanti *tutti,* come un pezzo di panno o un terreno. Ora il Diritto non prende in considerazione ogni specie di *divisibilità,* ma quella solamente che nelle sue conseguenze non distrugga in modo la cosa che perda affatto la sua *originaria destinazione,* o secondo le fonti, possa aver luogo *sine interitu* o *sine damno* (2).

Sotto questo punto di vista vi ha delle cose che non solo possono *dividersi,* ma si può disporre delle loro *parti* come si farebbe del *tutto*, o come dicono le fonti, *partium praestationem recipiunt vel non recipiunt:*

. . . . . Omnium rerum quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur : quae-

(1) Ved. pag. 298 e seg.

(2) Ved. i testi seg.

dam non recipiunt. (L. 2. § 1. D. lib. 45. tit. 1. de verb. oblig.)

Cose *divisibili* dunque si appellano quelle che possono essere ridotte in *parti omogenee al tutto*, in guisa che possano queste da loro stesse costituire altrettante *totalità*, e possano essere capaci dello stesso uso del *tutto*, quantunque non siano tali anche per la *quantità*. Le *cose* non suscettive di questa modificazione sono *indivisibili*. In questo senso diceva il giureconsulto Paolo sull' autorità di Quinto Muzio, che quando si parla di *parte*, ciò non può applicarsi che alle *cose* le quali *non* sono *ancora divise*, poichè se la cosa è stata già *divisa*, la *divisione* dà luogo meno ad un numero determinato di *parti*, che ad altrettanti *tutti*.

Quintus Mucius ait : partis appellatione rem pro *indiviso* significari : nam quod *pro diviso* nostrum sit, id non *partem* sed *totum* esse. (L. 25. § 1. D. lib. 50. tit. 16. de verb. sig.)

Nello stesso senso Ulpiano diceva che se taluno *divida* un *fondo* e ne assoggetti una *parte* a *servitù*, si deve dire essere la *servitù* imposta ad un *fondo* e non alla *parte* di un *fondo*.

Si quis .... *divisit fundum* et sic tradidit *partem* pro *diviso*, potest alterutri servitutem imponere, quia non est *pars* fundi, sed *fundus*. (L. 6. § 1. D. lib. 8. tit. 4.)

Quando le cose non sono capaci di simile *divisione* si dicono *indivisibili*. Laonde a ragione Paolo le appellava *cose* che non possono dividersi senza *distruggerle* (*sine interitu*) e Pomponio senza *deteriorazione* (*sine damno*):

Res quae sine interitu dividi non possunt. (L. 35. § 3. D. lib. 6. tit. 1. de rei vind.)

.... Vel *sine damno* divisio earum fieri non potest (L. 26. § 2. D. lib. 30. de leg. 1.)

Ma non è da confondere il *divisibile* col *diviso*, e l' *indivisibile* coll' *indiviso*; imperocchè il *divisibile* e

l'*indivisibile* riguardano la *possibilità*, e il *diviso* e l'*indiviso* riguardano lo *stato attuale* in cui si trovano le cose. Ora una cosa quantunque *divisibile* può non essere stata ancora *divisa*, ed una cosa *indivisibile* non potrà esser mai *divisa*. I giureconsulti romani perciò appellarono le cose *divisibili* e *indivisibili*, *res quae divisionem recipiunt vel non recipiunt*; le *divise* e le *indivise*, *pro diviso*, *pro indiviso*, siccome risulta dai luoghi su enunciati.

La *divisibilità* vera di una cosa si ha quando *realmente* (*naturaliter*) si può ridurre in parti. Ma anche quando una cosa non sia capace di *effettiva* divisione, può sempre *mentalmente* dividersi in un determinato numero di *parti*. In questo senso, secondo il linguaggio della scuola, la *divisibilità* può essere o *naturale* o *intellettuale*.

...... quaedam partis quidem *dationem natura* recipiunt. (L. 2. § 1. D. lib. 45. tit. 1. de verb. oblig.)

...... plures in uno fundo dominium *juris intellectu*, non divisione corporis obtinent. (L. 66. § 2. D. lib. 31. tit. 1. lib. 31. de leg. 2.)

Ciò che diciamo della *divisibilità* è applicabile anche all'*indivisibilità*; imperocchè anche quel che *effettualmente* (*naturaliter*) si può *dividere*, può *concepirsi* come *indivisibile*: il che può derivare: 1) dalla *legge* direttamente; 2) dalla *volontà* delle parti; 3) dal *fine* che le parti si propongono di ottenere col dare o ricevere una cosa. Così se debba pagarsi una somma di danaro, sebbene il pagamento riguardi una cosa *divisibile*, nondimeno nel rapporto del *creditore* e del *debitore* è dichiarato dal *Diritto indivisibile*.

Lucius Titius, cum *centum*, et *usuras* aliquanti temporis deberet, *minorem pecuniam quam debebat obsignavit*. Quaero an Titius *pecuniae* quam obsignavit, *usuras*

praestare non debeat? MODESTINUS respondit, si non *hac lege* mutua pecunia data est, uti liceret et *particulatim* (quod acceptum est) exsolvere: non retardari *totius debiti* usurarum *praestationem*, si cum creditor paratus esset *totum* suscipere, debitor, qui in exsolutione *totius* cessabat, *solam partem* deposuit. (L. 41. § 1. D. lib. 22. tit. 1. de usurp. et pr.)

Codesta finzione però cessa nel rapporto degli *eredi* del debitore, i quali sono tenuti al pagamento *pro rata* di qualunque cosa *divisibile* per natura.

Manifesti et indubitati juris est, *defuncto creditore, multis* relictis *heredibus*, *actionem personalem* inter eos lege duodecim tabularum *dividi*. (L. 1. Cod. lib. 8. tit. 32. si un. ex pl.)

Tuttavia può divenire anche rispetto a loro *indivisibile* per *volontà* delle parti.

Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, *poenam*: etiam si *unus* ex heredibus tuis *portionem suam* ex sorte solverit, nihilominus *poenam* committet, donec *portio coheredis* solvatur. (L. 5. § 3. in fine D. lib. 45. tit. 1. de verb. obl.)

Così pure se si promette un fondo *determinato*, deve consegnarsi per *intero*, poichè non si può avere altro *fine* nella *determinazione* di un fondo, se non l' *unità* dello stesso.

.... si ita stipulatio facta sit: si *fundus Titianus* datus non erit, centum dari? Nisi *totus* detur, *poena* committitur centum: nec prodest *partes fundi* tradere cessante una, quemadmodum non prodest ad *pignus liberandum partem* creditori solvere. (L. 85. § 6. D. lib. 45. tit. 1. de verb. obl.)

La distinzione delle cose in *divisibili* ed *indivisibili* si applica principalmente alle cose *corporali*, ma non è del tutto estranea alle *incorporali*. Imperocchè anche alcune di loro sono *riducibili* a parti *infinitesima-*

li, senza distruggere l' *omogeneità delle parti* rispetto al *tutto*, come avviene ne' *crediti* (1).

Ma qual è il criterio per distinguere i *diritti divisibili* dagl' *indivisibili*? Sembra che sia quello stesso che serve a distinguere i *mobiliari* dagli *immobiliari*, cioè l' *oggetto*, come vedremo a suo luogo (2).

§ 7.

Cose principali *ed* accessorie.

La distinzione di cose *principali* ed *accessorie* è supposta in parecchi testi, e si trova applicata ad ogni specie di cose, *mobili*, ed *immobili*, *corporali* ed *incorporali*; ma non è in alcuno di essi definita. Codesto silenzio è giustificato dalla natura stessa della distinzione, la quale non esiste a *priori*, ma dipende da certe *relazioni* fra due *cose* per effetto delle quali l'una si reputa *principale* e l'altra *accessoria*, tranne alcuni casi in cui le due cose sono essenzialmente dipendenti, come accade della *superficie* rispetto al *suolo*.

Sic in tradendo, si quis dixerit se *solum* sine *superficie* tradere, nihil proficit quominus et *superficies* transeat, quae *natura solo cohaeret* (L. 44. § 1. D., lib. 44. tit. 7. de obl. et act.)

(1) Ved. L. 17 D. lib. 8 tit. 1 (de servit.), 2, 3, 4, 85 D. lib. 45. tit. 1 (de verb. oblig.) Nel secolo decimosesto, come è noto nella scuola, Carlo Molineo ammise pure tre specie d'*indivisibilità*, che enunciò colle famose locuzioni *individuum contractu*, *individuum obligatione*, *et individuum solutione:* locuzioni ignote a'Romani (*De div. et indiv.* p. 3 n. 7 e seg.). La prima corrisponde a quella che oggi nella scuola si chiama *naturale*; le altre due corrispondono a quelle che noi abbiam fatto derivare dalla *volontà tacita* o *espressa* delle parti. Manca dunque nella classificazione del Molineo l' *indivisibilità legale*.

(2) Ved. la dottrina delle *obbligazioni* e de' *diritti reali*..

In conseguenza, nella definizione delle une o delle altre si deve prendere in considerazione lo *stato* di *fatto* delle cose. Ora questo appunto è il metodo che seguirono i giureconsulti. La *relazione* che passa tra una cosa e l'altra, per cui assumono la *forma* di *principale* ed *accessoria*, venne espressa colla stessa voce *accessio*, di cui si servivano per dinotare la *cosa accessoria*, come vedremo in seguito (1), dal verbo *accedere* che indica il *modo* onde una cosa si pone in *relazione* con un'altra che si reputa *principale* (2). Alcune di queste *relazioni* vennero determinate a *priori* dalla scienza, altre furono abbandonate all' *arbitrio* delle parti. Così, quanto alle *corporali*, tanto *mobili* quanto *immobili*, erano considerate come *accessorie* le cose ne' seguenti casi:

1) Se erano destinate all' *uso* di un'altra:

Si *navem* cum *instrumento* emisti, praestari tibi debet *scapha* navis. PAULUS: imo contra: etenim *scapha* navis non est *instrumentum* navis: etenim *mediocritate*, non *genere* ab ea differt: *instrumentum* autem *cujusque rei* necesse est alterius *generis esse* atque ea quaeque sit: quod POMPONIO lib. 7. epistolarum placuit. (L. 29. D. lib. 33. tit. 7. de instruc. vel instrum. leg.) (3).

2) Se erano destinate ad *ornarla*:

Perveniamus et ad *gemmas* inclusas *argento auroquè*: et ait Sabinus, auro argentove cedere: ei enim cedit, cujus major est species: quod recte expressum. Semper enim cum quaerimus quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei *ornandae causa* adhibetur: ut *accessio* cedat *principali*: cedent igitur gemmae phialis vel lancibus, inclusae auro argentove. (L. 19. § 13. D. lib. 34. tit. 2. de auro, arg. etc.)

(1) Sez. 2. §
(2) Ved. BRISSONIO, v. *accedere* et *accessio*.
(3) Ved. altri esempii a pag. 489 e seg.

Si *alienam purpuram* vestimento suo quis intexerit: licet *pretiosior* sit *purpura*, tamen *accessionis vice cedit vestimento*. (Inst. lib. 2. tit. 1. § 26.)

Auro legato vasa aurea continentur et *gemmis*, *gemmae (vasa)*: secundum haec sive *gemmae* sint in *aureis vasis*, sive in *argenteis*, auro argentove cedent: quoniam hoc spectamus, quae res, *cujus rei ornandae causa* fuerit adhibita, non quae sit *praetiosior*. (L. 19. § 20. D. lib. 34. tit. 2. de auro, arg. leg.)

3) Se ne facevano *parte*:

'*Scapham* non videri *navis* esse, respondit: nec quidquam conjunctum habere: nam *scapham* ipsam per se *parvam naviculam* esse: omnia autem quae *conjuncta* navi essent, veluti *gubernacula*, *malus*, *antennae*, *velum*, quasi *membra navis* esse. (L. 44. D. lib. 21. tit. 2. de evict.)

Malum navis esse *partem*, *artemonem* autem non esse, Labeo, ait: quia pleraeque naves sine *malo inutiles* essent, ideoque pars *navis* habetur: *artemo* autem magis adjectamento quam *pars navis* est. (L. 242. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)

Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit ut *pars* ejus fieret; veluti si quis *statuae suae brachium* aut *pedem* alienum adjecerit, aut *scypho ansam* vel *fundum* vel *candelabro sigillum*, aut *mensae pedem*: dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum, et *scyphum* plerique recte dicunt. (L. 23. § 2. D. lib. 6. tit. 1. de rei vind.)

Et quamquam *jus aquae* non sequatur, quod amissum est, attamen fistulae et canales, dum sibi sequuntur, quasi *pars* aedium ad emptorem perveniunt: et ita Pomponius lib. 10. putat. (L. 46. D. lib. 18. tit. 1. de contrah. empt.)

Fistulas emptori *accessuras* in lege dictum erat: Quaerebatur an castellum ex quo fistulis aqua duceretur, accedere? Respondi apparere id actum esse, ut

id quoque *accederet*, licet *scriptura* non continetur. (L. 78. ivi).

Quanto alle *incorporali*, erano reputate *accessorie*:

1) Tutto ciò ch' era destinato a *garentire* i *diritti*. Tali erano la *fidejussione*, l' *ipoteca*, il *pegno* rispetto al *debito*.

In omnibus speciebus liberationum etiam *accessiones* liberantur ; puta *adpromissores*, *hypothecae*, *pignora*. (L. 43. D. lib. 46. tit. 3. de sol. et lib.)

. . . . *principalis* debitor perpetuat obligationem. *Accessiones* an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuari placet : quare enim facto suo fidejussor suam obligationem tollat ? cujus sententia vera est. Itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum : *accessionibus* quoque suis , id est fidejussoribus, perpetuant obligationem , quia in totam causam spoponderunt. (L. 91. § 4. D. lib. 45. tit. 1. verb. oblig.)

2) I *diritti inerenti* ad una *cosa*.

Si *aquae ductus* debeatur praedio, et *jus aquae* transit ad emptorem , etiamsi nihil dictum sit : sicut et ipsae *fistulae* per quas aqua ducitur. (L. 47. D. lib. 18. tit. 1. de contrah. empt.)

§ 8.

Cose le quali consistono in numero, pondere *et* mensura.

Alcune cose non sogliono altrimenti mettersi in *commercio*, se non *pesandole* , *numerandole* o *misurandole*. Tali cose sono nelle fonti enunciate con le parole *res quae consistunt in pondere, numero et mensura*.

Mutui datio consistit in his rebus quae *pondere*, *numero* et *mensura* consistunt (L. 2. § 1. D. lib. 12. tit. 1. de reb. credit.)

Mutui autem obligatio in iis rebus consistit, quae _pondere, numero, mensura_ constant, veluti _vino, oleo, frumento, poecunia numerata, aere, argento, auro_, quas res aut _numerando_, aut _metiendo_, aut _adpendendo_ in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur, unde etiam _mutuum_ appellatum est (Instit. lib. 3. tit. 14).

Non è già, come osserva il Gotofredo, che in generale tutte le cose non siano passibili anche di codeste *modalità*; ma per talune il *peso*, il *numero* e la *misura* sono *arbitrarie*, per talune altre sono *necessarie*, ed è di queste appunto che i giureconsulti intendono parlare quando le distinguono con tali denominazioni :

Nihil dici fingique potest in _hoc universo_, quod non vel _pondere_, vel _mensura_ constet. Sic censeo, _res pondere, numero et mensura consistentes_ hic appellari, non _res omnes_ passim, sed quae _usu hominum_ exigente et commerciis dari nominatim ad _pondus_, ad _numerum_ et _mensuram_ solent, hoc est, _pondere, numero_ et _mensura_ expressis: ut si quis mutuo det certum _olii_ pondus, _mille solidos, tot frumenti modios_: sunt enim quaedam quae aliis damus nullo neque _pondere_, neque _numero_, nulla denique _mensura_ expressis (1).

§ 9.

Cose fungibili, *cose* non fungibili.

Quando due cose sono *omogenee* fra loro sotto il rapporto della *qualità* e della *quantità*, si trovano in tale relazione che l'una *vale* quanto l'altra nell'*uso* della vita, e però si possono *sostituire* a vicenda in questo

(1) Gotofredo, nota 16. alla L. 2. § 1. D. lib. 12. tit. 1. de rebus credit.

uso. Il giureconsulto PAOLO, parlando delle cose sotto questo rapporto, le disse: *res quae.... functionem recipiunt* (1).

Gl' interpetri le appellarono *res fungibiles*. Di qui la distinzione di *res fungibiles et res non fungibiles*, divenuta generale nella scuola.

Da quel che si è detto intorno all' indole delle *cose fungibili e non fungibili*, risulta chiaro come anche questa classificazione sia puramente *relativa*, poichè non si applica se non al solo caso in cui una cosa dev'essere sostituita da un' altra. Nondimeno la *qualità di fungibile* è *intrinseca* alle stesse *cose*.

Volendo la scienza determinare a *priori* questa *qualità*, le opinioni non sono state uniformi, quantunque si facesse ricorso alle stesse fonti, vale a dire ad un frammento del giureconsulto PAOLO. Il frammento è il seguente:

> Mutuum damus recepturi non *eumdem speciem* quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum), sed *idem genus*: nam si *aliud genus*, veluti ut pro *tritico vinum* recipiamus, non erit *mutuum*.
>
> *Mutui datio* consistit in his rebus quae *pondere, numero, mensura consistunt*: quoniam *earum datione* possumus in *creditum ire*: quia in *genere suo functionem recipiunt* per solutionem, quam *specie*: nam in caeteris rebus ideo in *creditum ire* non *possumus*, quia *aliud* pro *alio* invito creditore solvi non potest. (L. 2. § 1. D. lib. 12. tit. 1. de reb. credit.) (2).

I primi interpetri, fondandosi sopra la seconda parte di questo frammento, credettero per lungo tempo, che tutto ciò che fosse capace di *peso, misura, numero* e *quantità*, fosse pur *fungibile* (3).

(1) Ved. il testo seg.

(2) Ved. gli altri testi a pag. 518.

(3) In questo senso CUIACIO diceva: Nihil est tam *simili quantitati*

Questa dottrina oggi è tenuta quasi generalmente per falsa, opinando che non basta la *quantità*, il *peso*, la *misura* o il *numero* per costituire la *fungibilità*, ma la *omogeneità* suppone anche la *qualità*.

Ad essa venne sostituita l' altra, secondo la quale ogni cosa di *genere* nel senso dei giureconsulti costituisce anche una cosa *fungibile*, come ogni *specie* nello stesso senso costituisce una cosa *non fungibile*. La nuova dottrina si fonda sulla prima parte del frammento (1).

Ma quantunque questa oggi sia più accreditata, tuttavia sembra essere egualmente falsa; poichè se nella prima si prende in considerazione solamente la *quantità*, il *numero*, il *peso*, la *misura*, nella seconda non si tien conto che solamente della *qualità*. Perchè adunque una cosa sia *fungibile*, pare che secondo la mente dell' autore del frammento debba riunire gli uni e gli altri elementi.

La distinzione perciò di cose *fungibili* e *non fungibili* si applica soltanto alle cose *corporali*. Quanto alle *incorporali* tuttavia si considerano tali, secondo che hanno o no per oggetto cose *fungibili*, come accade nel caso della *compensazione* (2).

Ma ciò che *non è fungibile* per *natura*, può diventar *fungibile*, e *viceversa*, per *volontà delle parti* (3). Di qui la distinzione che ha fatta la scuola della *fungibilità* in *naturale* ed *artifiziale*.

quam quantitas par: nihil tam *simili solido* quam solidus: nec videtur aliud pro alio solvere, qui pro decem aureis quos acceperit totidem alios reddet. (Comm. alla d. L.)

(1) Ved. MAKELDEY, § 162. ARNDTS, § 5—in contr. MUHLENBRUCH § 220

(2) Ved. L. 11 e 12 D. lib. 16. tit. 2 e 4 Cod. lib. 4 tit. 31 (de comp.) V. VINNIO, lib. 4, tit. 6, § 30.

(3) Ved. L. 3, § 6 e 4 D. lib. 13 tit. 6 (commod.) e 24 D. lib. 16, tit. 3 (dep.).

§ 10.

Cose consumabili, *cose* non consumabili.

Senza dubbio, essendo le *forme* che assumono le *cose particolari* soggette tutte egualmente ad alterarsi, sino al punto che alcune si *distruggono* interamente ed altre si *mutano* soltanto, la distinzione di *cose consumabili* e *non consumabili* fisicamente è inesatta. Ma non è in questo senso che i giureconsulti distinguono le *cose* in *consumabili* ed *inconsumabili*: la distinzione si fonda sulla *destinazione* ed *uso* che naturalmente si fa delle *cose*. Alcune non sarebbero per l'uomo di alcuna *utilità* qualora non si venissero *assimilando* col suo corpo, il che importa la necessità di *distruggerne la forma*, come accade di tutte le *cose* che con nome comune si appellano alimenti (*alimenta*). Altre al contrario, quanto più si *conservano*, tanto più concorrono al *benessere* dell'uomo; ed è perciò che quantunque per *natura* la loro *forma* sia soggetta ad *alterarsi*, l'uomo si sforza per tutte le vie e per quanto è in suo potere di *conservarla*. In questo senso Cicerone distingueva le cose che sono in *usu* et in *abusu* (1), distinzione ritenuta da' giureconsulti:

Quae in usufructu *pecuniae* diximus, vel ceterarum rerum quae sunt in *abusu*, eadem et in *usu* dicenda sunt (L. 5. § 2. D. lib. 7. tit. 5. de ususfr. ear. rerum quae usu cons. etc.)

È così dunque che la distinzione si giustifica, non solo nell'*ordine giuridico*, ma anche nell'*ordine fisico*; ed i giureconsulti parlano di *res quae usu consumuntur* o *tolluntur*, e di *res quae usu minuuntur*:

Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque

(1) Topica, n. 3.

patrimonio esse constaret , ususfructus legari possit : quo Senatusconsulto inductum videtur, et *earum rerum quae usu tolluntur vel minuuntur* possit ususfructus legari. (L. 1. D. ivi.)

Tali sono il *vino*, l' *olio*, il *frumento*, i quali se si danno per semplice *usu* , importano *necessariamente* il diritto di *consumarli*, e di restituirli in *genere* come avviene delle cose *fungibili*. Alla stessa regola vanno soggetti : a) il *danaro*, non perchè per usarne si venga distruggendo, come le prefate cose, ma perchè dovendosi mettere in circolazione , se ne perde la traccia come se fosse distrutto: b) la *lana*: c) i *profumi*:

Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit , proprietas ad legatarium transferri debet: et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit , ejusdem *qualitatis res* restituatur : aut, aestimatis rebus , certae pecuniae nomine cavendum est ; quod et commodius est. Idem scilicet de caeteris quoque rebus , quae usu continentur , intelligemus (L. 7. D. ivi.)

Constituitur ususfructus non tantum in fundo et aedibus , verum etiam in servis jumentis et ceteris rebus : exceptis iis quae *ipso usu consumuntur*. Nam hae neque naturali ratione , neque civili recipiunt usumfructum , quo numero sunt *vinum* , *oleum* , *frumentum*, *vestimentá* : *quibus proxima est pecunia numerata* : *namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur*. (Inst. lib. 2. tit. 4. § 2).

Si *lanae* alicui legatus sit ususfructus , vel *odorum* , vel *aromatum* , nullus videtur ususfructus in istis jure constitutus ; sed ad Senatusconsultum erit descendendum, quod de cautione eorum loquitur (L. 11. D. lib. tit. 5. de ususfr. ear. rer. quae usu cons.)

Si fa eccezione nel caso che le cose consumabili si

danno ad *pompam* o ad *ostentationem*, poichè in questo caso non si acquista diritto alla *consumazione* (1).

§ 11.

Cose presenti, *cose* future.

Le *cose* o *esistono attualmente* o *possono esistere* quando che sia. I Romani per esprimere queste due specie di *cose* si servivano delle seguenti locuzioni: *res quae est, aut futura erit in rerum natura.* Ma vi sono delle cose che *non esistono, nè possono esistere.* Esse si appellavano *res quae non est, aut esse non possit in rerum natura.*

Ea quoque res, quae in *rerum natura non est*, si modo *futura est*, recte legatur: veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. (Inst. lib. 2. tit. 20. § 7.)

At si quis rem quae in *rerum natura non est*, *aut esse non potest*, dari stipulatus fuerit: veluti Stichum qui *mortuus sit*, quem vivere credebat; aut *hippocentaurum* qui *esse non possit*, inutilis erit stipulatio. (Inst. lib. 3. tit. 20. § 1.)

Questa distinzione suppone un *punto del tempo nel quale* o *oltre* il quale le *cose* sono prese in considerazione, per determinarne l'esistenza *presente* o *futura*. Ma sarebbe assurdo che si ritenesse per *futura* la cosa anche quando cominciasse ad esistere immediatamente dopo. Tuttavia sembra che i giureconsulti non avessero per *presente* se non la cosa che si trovi di esistere al tempo in cui abbia luogo il *fatto giuridico* di cui costituisce l'oggetto:

.... Si quis rem quae in *rerum natura non est*..... veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat... inutilis erit stipulatio. (Instit. lib. 3. tit. 19. pr.)

(1) Ved. LL. 3. § 6. e 4. D. lib. 13. tit. 6. (Commod.)

§ 12.

Cose certe, *cose* incerte.

Gaio definisce il *certo* in questa[1] maniera:

Certum est quod ex *ipsa pronunciatione* apparet, *quid, quale, quantumque sit*: ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum (L. 74. D. lib. 45. tit. 1. de verb. obl.)

L' *incerto* adunque si ha quando non *apparet quid, quale, quantum sit.*

Ubi autem non apparet *quid, quale, quantumque est* in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. Ergo si qui *fundum* sine *propria appellatione*, vel *hominem* generaliter *sine proprio nomine*, aut *vinum, frumentumve sine qualitate* dare sibi stipulatur: *incertum* deducit in obligationem. (L. 75. ivi.)

Così una *dote* si dice *incerta* qualora non siasi fatta menzione nè della *specie*, nè della *quantità* della cosa costituita in *dote*.

Frustra existimas *actionem* tibi competere, quasi promissa *dos tibi*, nec *praestita sit*, cum *neque species* ulla *neque quantitas* promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum. Quod ea quae nubebat, *dotem* dare promiserit. (L. 1. Cod. lib. 5. tit. 11. de dot. prom.)

§ 13.

Cose determinate, *cose* indeterminate.

Ciò che oggi noi diciamo *determinare*, dicevasi *definire* dai giureconsulti.

Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur: sin autem

quanti Titius *aestimaverit*, sub hac conditione stare locationem, ut si quidem ipse qui nominatus est, mercedem *definierit*, omnimodo secundum ejus aestimationem et mercedem persolvi oporteat, et conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit vel non potuerit mercedem *definire*, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta. (L. 25. D. lib. 19. tit. 2. loc. cond.)

Si in rem aliquis agat, debet *designare* rem: et utrum *totam* an *partem* et *quotam* petat: *appellatio* enim *rei* non *genus* sed *speciem significat*. OCTAVENUS ita definit: quod *infectae* quidem materiae *pondus*, *signatae* vero *numerum*, *factae* autem *speciem* dici oportet. Sed et *mensura* dicenda erit, cum res *mensura* continebitur. (L. 6. D. lib. 6. tit. 1. de rei vind.)

§ 14.

Cose liquide, *cose* illiquide.

Quando alla *certezza* si unisce la *determinazione* della cosa, allora si dice *liquida*: si dice *illiquida* quando mancano o entrambe queste condizioni, o una di esse. Così una condanna si dice *liquida*, quando determina il *quid* ed il *quantum* della controversia:

Haec sententia: *quae bona accepisti, solve*: cum *incertum* esset *quid* accepisset: *quantumcumque* ab eo pateretur, praesertim cum ipse qui extra ordinem judicabat, interlocutus sit *dotem datam*, quae reperetur, non *liquidam* esse, judicati auctoritate non nititur. Cum igitur is qui postea judicabat, contra te certam sententiam protulerit, neque a statutis provocaveris: ipsa tuo facto confirmasti judicatum.

E la *compensazione* può aver luogo solo quando le *cose* siano egualmente *liquide*, o almeno per determinarla non occorra un difficile esame:

Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. (L. 14. § 1. Cod. de compens).

Sezione 2.

Altre classificazioni delle cose secondo il loro aumento (*augmentum*) o diminuzione (*deminutio*).

Generalità.

I filosofi concepivano le cose corporali come soggette ad un continuo e perpetuo *mutamento*, pel quale si venivano ora *aumentando*, ed ora *diminuendo*; e codesto concetto fu tanto esagerato, che il *mutamento* delle cose in generale fu assimilato a quello delle onde di un fiume, le quali un momento dopo non sono più quelle che erano un momento prima; laonde ritenevano che i *corpi* in generale siano diversi da un tempo all' altro.

Quaecumqne videmus ac tangimus .... *fluunt* et in *assidua diminutione* atque *adjectione* sunt. Nemo nostrum idem est in senectute, qui fuit juvenis: nemo est mane, qui fuit pridie. *Corpora* nostra *rapiuntur fluminum more*: quidquid *vides*, *currit* cum *tempore*; nihil ex his quae videmus *manet* (1).

Anche i giureconsulti ammisero cotesto *mutamento* sotto la doppia forma di *aumento* (*augmentum*) e di *diminuzione* (*deminutio*). Cosi coloro che erano tenuti ad esibire (*edere*) qualche cosa, dovevano farlo secondo l' interesse che si aveva all' epoca in cui l' e-

(1) Seneca, Epist. 58.

sibizione veniva ordinata, facendo astrazione dall' *aumento* o dalla *diminuzione* della cosa:

Is qui in hoc edictum (*de edendo*) incidit, id praestat, quod interfuit mea, *rationes* edi, cum decerneretur a Praetore: non quod *hodie* interest. Et ideo licet interesse desiit, vel *minoris*, vel *pluris* interesse coepit, locum actio non habebit: neque *augmentum* neque *deminutionem* (L. 8. § 1. D. lib. 2. tit. 13. de edendo) (1).

Anzi essi l' estesero anche alle cose *incorporali*, come ad esempio all' *eredità*:

Hereditas juris nomen est, quod et *accessionem* et *decessionem* in se recidit (L. 178. § 1. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)

Laonde colui che si faceva a rivendicare l' *eredità* aveva diritto agli *aumenti*, ma doveva anche sopportare le *diminuzioni* che non fossero avvenute per colpa del possessore:

.... Non solum ea quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea *augmenta* hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem; nam hereditas et *augmentum* recipit et *deminutionem* (L. 20. § 3. D. lib. 5. tit. 3. de hered. petit.)

Ma qual era il loro concetto circa l' estensione dell' *aumento* o *diminuzione* delle cose di cui si poteva tener conto nell' *ordine* puramente *giuridico?* In un caso particolare, e propriamente in proposito della *restitutio in integrum*, il giureconsulto CALLISTRATO diceva che non si dovesse tener conto delle *minime lesioni*, qualora ciò facendo ne potrebbe derivare un male maggiore:

Scio illud a quibusdam observatum, ne propter *satis*

(1) Ved. BRUNNEMANO, Comm. su questa L., circa la diversa lezione delle ultime parole.

minimam rem vel _summam_, si majori rei vel summae praejudicetur: audiatur is, qui in _integrum restitui_ postulat (L. 4. D. lib. 4. tit. 1. de integ. restit.) (1).

Or da questo luogo di CALLISTRATO la generalità degl' interpetri (*vulgo*) trasse la regola che non si debba tener conto delle minime variazioni delle cose: donde il *brocardo*: *minima non curat Praetor* (2). Ma fra coloro che non parteciparono a codesto sistema, alcuni ammisero la regola contraria anche nel caso della *restitutio in integrum* (3). Altri restrinsero la regola comune al solo caso della *restitutio*, abbandonando gli altri al calcolo dei magistrati (4). Quest'ultimo sistema sembra che più si accordi con lo spirito del Diritto, tranne i casi nei quali le variazioni si trovino stabilite dallo stesso.

§ 1.

Classificazione delle cose secondo l' aumento, CAUSA REI.

L' *aumento* delle cose può avere una doppia *origine*: può derivare dalla *natura* stessa delle cosè (5); può derivare da una cagione *estrinseca*. Con un nome comune nell' uno e nell' altro caso l' *aumento* venne dai giureconsulti appellato *causa rei* o *rerum*. Così GAIO e PAOLO parlando degli obblighi che ha il possessore della cosa altrui, quando viene compulsato dal pro-

(1) In qual caso si verificasse l' ipotesi di CALLISTRATO, risulta da un frammento di NERAZIO (L. 21. D. lib. 44. tit. 1. de exept. ecc.) Ved. FABRO, comm. alla L. riportata nel testo).

(2) Ved. BRISSONIO voce *minimus*.

(3) Ved. FABRO, Rational. in Pand. L. 4. D. lib. 4. tit. 1.

(4) Ved. BRUNNEMANNO, Comm. alla d. L.

(5) Ved. il senso della parola *natura* a pag. 418.

prietario, dicono che deve restituire non solo la cosa (*corpus*), ma gli *aumenti* di essa di qualunque natura (*causa rei*), vale a dire tutto quello che il proprietario avrebbe conseguito dalla cosa se fosse stata restituita a tempo.

.... Nec sufficit *corpus* ipsum restitui, sed opus est ut *causa rei* restituatur. id est ut omne habeat petitor quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset (L. 20. D. lib. 6. tit. 1. de rei vindic.)

.... Post judicium acceptum, *causa omnis* restituenda sit, id est omne quod habiturus esset actor si litis contestatae tempore solutus esset (L. 31. D. lib. 12. tit. 1. de reb. credit).

1) L' *aumento* delle cose per *natura* è il risultato della combinazione di tutte o di alcune forze naturali per virtù delle quali talune cose si *accrescono*, o per la *maggiore estensione* che acquistano, o per *nuove cose* che *producono*, le quali ora sono *simili* a se, ora *differenti*.

La cosa più feconda di *produzioni* è la terra (*solum*). Codeste *produzioni* sono di due specie, *organiche* ed *inorganiche*: gli *alberi* e le *piante* in generale entrano nella prima categoria: i *minerali* nella seconda. Le prime sono esse stesse capaci di altre produzioni come, i *fiori* e le *frutta*.

I *minerali* andavano sotto il nome generico di *metalla* (1), come attesta Ulpiano, parlando delle formalità che occorrevano per la vendita de' beni di coloro che erano soggetti a *tutela* o *curatela*:

(1) Ved. Cod. Theod. lib. 10. tit. 18. (de *metallis*). Gotofredo, Comm. al detto Codice. Gli autori non sono di accordo intorno all' etimologia ed all' origine della voce *metallum*. Pare che derivasse dal greco μεταλλαν cioè *quaerere*: *Metalla*, quae sub terra nascuntur, veluti *aurum, argentum, sulphur*, et quae sunt *ejus generis alia*. Ab his μεταλλαν poetice pro quaerere dicitur. (Ved. Brisonio, voce *metallum*).

Si *lapidicinas* vel *quae alia metalla* pupillus habuit stypteriae (1), vel cujus alterius materiae, vel si *cretifodinas, argentifodinas*, vel *quid aliud huic simile* (L. 3. § 6. D. lib. 27. tit. 9. de reb. eor. qui sub. tut. etc.)

Le altre cose anche capaci di produzione sono gli *animali*, fra i quali si distinguevano quelli che oltre i *parti* (*foetus*), erano anche capaci di altre produzioni, come *latte, lana* ecc.

> ***In pecudum fructu foetus* est sicut *lac*, et *pilus* et *lana*.... *agni*, et *hoedi*, et *vituli* (L. 28. D. lib. 22. tit. 1. de usur. et fruct.)**

Non tutte le *produzioni* però di cui sono capaci le cose, hanno per l' uomo lo stesso *valore economico*. Alcune *produzioni* o non sono di alcuna *utilità*, o sono contrarie al suo benessere. Or queste ultime, quantunque abbiano anche la loro importanza nell' *ordine fisico*, non fanno punto parte degli oggetti de' *diritti*. Perciò i giureconsulti non fanno menzione se non dei *prodotti naturali* della prima specie, ai quali dettero il nome di *fructus* evidentemente da *frui* (*usare, servirsi*) o da *ferendo* (*produrre*) (2).

> ***Fructus* a *ferendo* res: et hae quas *fundus*, et hae quae in *fundo* feruntur, ut *fruamur* (3).**

Anzi sembra che la parola *fructus* originariamente si applicasse soltanto ai *prodotti* della terra e degli *alberi*, e dipoi si estendesse per traslazione anche ai prodotti degli *animali*:

> ***Fructus* nomen accepit a *frumine*, id est eminente gutturis parte qua *vescimur*. Inde et *fruges*. *Fructus* autem proprie dicuntur *agrorum* et *arborum*, quibus**

(1) Id est *aluminis* (Ved. GOTOFR. n. a d. L.)

(2) Ved. il testo di ISIDORO in f. di pag.

(3) VARRONE, de lingua latina, lib. 4. pag. 27.

utique *utimur*. In *animalibus* vero *abusive* et *translative* vocamus *fructum* (1).

In questo senso pare che talvolta i giureconsulti distinguano il *fructus* da ciò che *est in fructu*, applicando la prima locuzione ai *prodotti* del *suolo* e degli *alberi*, e la seconda ai *prodotti* degli *animali* (2). Tuttavia attesa la stretta analogia tra gli uni e gli altri, sogliono spesso usare la medesima locuzione rispetto ad entrambi. Così GIULIANO parlando dell' *evizione*, chiama *fructus* tanto il *prodotto* di una *vacca*, quanto quello di un *terreno* :

> *Vaccae* emptor, si *vitulus*, qui post emptionem natus est, evincatur, agere ex duplae stipulatione non potest: quia nec ipsa, nec ususfructus evincitur. Nam quod dicimus *vitulum fructum esse vaccae*, non *jus* sed *corpus* demonstramus : sicuti *praediorum frumenta et vinum*, *fructum* recte dicimus, cum constet, eadem haec non recte usumfructum appellari (L. 43. D. lib. 21. tit. 2. de evict. et dup. stip.)

L' analogia però si venne così allargando da comprendere sotto il nome di *fructus* anche altre cose, le quali rigorosamente parlando non entrano nel numero delle *produzioni*, ma costituiscono senza dubbio un accrescimento di altre cose in occasione delle quali si *percepiscono*. Tali sono le *mercedi* che pagano i *coloni* per la coltura dell' altrui fondo, gl' *interessi* dei *capitali*, il *prezzo* della *mano d' opera*, ed ogni altra utilità che si può conseguire dall' uso di un *diritto*, per esempio di una *servitù*. Tali utilità non si appellano *fructus*, ma si dicono *vicem fructuum obtinere*, *vel esse loco fructuum*, *vel pro fructu*.

(1) ISIDORO, Orig. lib. 27. cap. 6.

(2) Ved. i testi a pag. 485. ed il precedente. Ved. pure BRISSONIO, v. *fructus*.

Mercedes plane a *colonis* acceptae *loco* sunt *fructuum*: *operae* quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt *pensiones*. Item *vecturae* navium et jumentorum. (L. 29. lib. 5. tit. 3. de hered. petit.)

Praediorum urbanorum *pensiones* pro *fructibus* accipiuntur (L. 36. D. lib. 22. tit. 1. de usur. et fruct.)

De pensionibus quoque *praediorum* urbanorum idem est quod in *fructibus* rusticorum (L. 7. par. 11. D. lib. 24. tit. 3. solut. matrim.)

Si *navis* à malae fidei possessore petatur, et *fructus* aestimandi sunt (L. 62. D. lib. 6. tit. 1. de rei vindic.)

Usurae vicem *fructuum* obtinent: et merito non debent a *fructibus* separari; et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, et in caeteris judiciis bonae fidei servatur. Hoc idem (igitur) in caeteris *obventionibus* dicemus (L. 34. D. lib. 22. tit. 1. de usur. et fructu).

In *confessoria actione* quae de *servitute* movetur, *fructus* etiam veniunt. Sed videamus quid esse *fructus servitutis* possunt. Et est verius id demum *fructuum nomine* computandum, si quid intersit agentis servitute non prohiberi (L. 4. § 2. D. lib. 8. tit. 5. si servit. vindic.)

A similitudine dei *parti* degli *animali* si fece quistione se potessero annoverarsi tra i *fructus* anche i figli delle *schiave*, attesa la *finzione* in virtù della quale lo *schiavo* era assimilato all' *animale*. A questa quistione presero parte filosofi (1) e giureconsulti. Come risulta dalle *fonti*, vi si pose termine abbracciando l' opinione di M. Giunio Bruto, il quale sostenne che lo *schiavo* non cessa di essere *uomo*, e come tale non poteva essere considerato come *frutto*:

Vetus fuit *quaestio*, an *partus* (2) ad *fructuarium*

(1) Ved. Cic. de finib. lib. 1 § 4 e le note *varior*.

(2) Pare che la voce *partus* fosse propria dell' uomo, e la voce *foetus* fosse comune agli uomini ed agli animali.

pertineret? Sed BRUTI sententia obtinuit, *fructuarium in eo locum non habere.* Neque enim in *fructu hominis homo esse potest.* (L. 68. D. lib. 7. tit. 1. de usufr. etc. Institut. lib. 2. tit. 1. § 37).

Dopo queste considerazioni è facile osservare come la parola *fructus* in senso *speciale* abbracci solamente i *prodotti* del *suolo* e degli *alberi*, ed in un senso *lato* abbracci anche non solo i *prodotti degli animali*, ma qualunque altra *utilità* si possa ricavare dalle cose *mobili* ed *immobili*, *corporali* ed *incorporali*; escludendone però sempre tutto ciò che *economicamente* non serve agli *usi* degli *uomini*.

2) Gli *aumenti* che derivano da cagione *estrinseca* si appellano *accessiones*, e costituiscono l'altra parte della *causa rei* o *rerum*. Esse si distinguono senza dubbio dai *fructus*, poichè accrescono la cosa non per *virtù* della cosa stessa, ma per una *circostanza esterna*. Tuttavia si confondono talvolta con essi, in due modi:

a) Come si è veduto, molte cose che vanno comprese sotto il nome di *fructus* non sono che altrettante *accessioni*, come accade delle *mercedi*, dei *salarii* e specialmente delle *usure* ecc.

Usura pecuniae quam percepimus, *in fructu non est*, quia *non ex ipso corpore*, sed *ex alia causa est* (L. 121. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)

b) Ma gli stessi *frutti*, nel senso di *prodotti* sono considerati come *cose accessorie* rispetto alle cose che li producono. Di qui deriva che spesso sotto il nome di *accessio* s' intendono anche i *fructus* (1).

Codesta *varietà* di *locuzioni* non si limita neppure alle due parti di cui si compone la *causa rei*, ma si estende anche ad essa, poichè non è insolita l' antitesi tra queste locuzioni, *causa rei*, *fructus et accessio* (2).

(1) Ved. la n. seg.

(2) Ved. la rubrica del tit. 1. lib. 22. del Digesto così concepita: De usuris, et fructibus, et causis, et omnibus accessionibus.

§ 2.

Continuazione — *Dei* fructus *in ispecie.*

Dalle cose dette nel § precedente intorno ai *fructus*, è facile vedere come essi siano o *prodotti* o *proventi* (*reditus, obventiones*) (1) delle cose: i primi nascono dalle cose stesse, i secondi si percepiscono in occasione delle cose. Di qui deriva la distinzione che si è fatta nella scuola dei frutti *naturali* e dei frutti *civili*, annoverando nella prima classe tutti i *prodotti*, e nella seconda tutti i *proventi* (2).

I frutti *naturali* furono anche suddivisi in *naturali* propriamente detti ed *industriali*, secondo che la loro produzione dipende solo dalla *natura* o anche dall' *opera* dell' uomo (3). Sebbene alcuni interpetri abbiano messo in dubbio l' esattezza di questa distinzione, ed altri l' abbiano trovata *inutile* (4), tuttavia parecchi testi la suppongono quando distinguono i frutti *seminati* (*sati*) da quelli *nati* (*nati*), e quelli derivanti o no dal *fatto* dell' uomo.

> Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata, suos facit: *illos tamen quos suis operis* adquisierit: veluti *serendo*: nam si *pomum decerpserit*, vel ex *silva caedit*, *non fit ejus*: sicut nec cujuslibet *bonae fidei possessoris*: quia *non ex facto ejus is fructus nascitur*. (L. 45. D. lib. 22. tit. 1. de usur. et fruct.) (5).

(1) Ved. il 5° testo a pag. 528, e BRISSONIO v. *obventio*.

(2) DONELLO, lib. 10. cap. 8. n. 3. e 4. VINNIO, lib. 2. tit. 1. § 35. n. 1. HAIMBERGER, § 80. MACKELDEY, § 168. MÜHLENBRUCH, § 227. MAYNZ, § 117.

(3) Ved. i sud. autori e specialmente gli antichi.

(4) Ved. EINN. Instit. § 327. Pandect. lib. 21. § 87. MAYNZ, § 117. n. 52.

(5) Ved. L. 25. § 1. D. lib. 22. tit. 1. de usur. et fruct. 48. D. lib. 41 tit. 1.

I frutti *naturali* sono nelle fonti distinti secondo lo stato in cui si trovano al tempo nel quale si prendono in considerazione, nel seguente modo: a) in *pendentes*, vale a dire uniti alla cosa: b) *maturi*, quando sono arrivati alla loro *perfezione*: c) *separati*, quando si sono distaccati, sia naturalmente sia per opera dell' uomo: d) *percepti*, quando sono stati anche raccolti: e) *consumpti* quando sono stati consumati:

Si *pendentes fructus* jam *maturos* reliquisset testator, fructuarius eos feret, si die legati cedente, adhuc *pendentes* deprehendisset: nam et *stantes fructus* ad fructuarium pertinent. (L. 27. D. lib. 7. tit. 1. de usufr.)

Fructus .... fieri .... bonae fidei possessoris mox quam a solo *separati* sunt (L. 13. in f. D. ivi).

..... *Perceptionem fructus* accipere debemus non si *perfecti* collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se *fructus* desierit: veluti si *olivae*, *uvae* lectae, nondum autem *vinum*, *oleum* ab aliquo factum sit. (L. 78. lib. 6. tit. 1. de rei vindic.)

Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de *fructibus* pignoratitia actio, quamvis ipse *fructus* suos non faciat: a praedone enim *fructus* et vindicari *extantes* possunt, et *consumpti* condici. (L. 22. § 2. D. lib. 13. tit. 7. de pignorat. act.)

Rispetto ai *frutti maturi* si distinguevano anche quelli che non sono di alcuna utilità, se non quando sono pervenuti alla loro *perfezione* (*perfecti*), da quelli che anche prima di questo tempo possono ricevere una destinazione egualmente utile per colui al quale appartengono. Questa classe di frutti perciò aveva una doppia specie di *maturità*, l' una *assoluta* (*naturalis*), l' altra *relativa*, come diceva il giureconsulto Giavoleno:

In *fructu* id esse intelligitur, quod ad *usum hominis* inductum est: neque enim *maturitas naturalis* hic

spectanda est, sed id tempus, quo magis colono domi-nove eum fructum *tollere expedit*: itaque cum *olea immatura plus habeat reditus*, quam si *matura* legatur, non potest videri, si *immatura* lecta est, in *fructu* non esse. (L. 42. D. lib. 33. tit. 2. de usu et usufr. per. legat. dat.)

Quanto ai *proventi* o *frutti civili*, le precedenti distinzioni rigorosamente non sarebbero applicabili; tuttavia s' incontrano nelle fonti le stesse locuzioni per esprimere lo stato in cui essi potrebbero essere (1). Circa la *maturità* tuttavia passava una gran differenza tra i *proventi* ed i *prodotti*, poichè i primi si reputavano *maturarsi* giorno per giorno, come si dice nella scuola, e gli ultimi in determinate stagioni secondo la loro speciale natura (2).

§ 3.

Continuazione — *Accessiones*.

Sono capaci di *accessioni* tanto le cose *immobili*, quanto le cose *mobili*, *corporali* ed *incorporali*, e si possono verificare di parecchie maniere. In un senso lato, come abbiamo veduto nel § precedente, vanno nel numero delle *accessioni* anche i *prodotti* e i *proventi*; ma in un senso proprio sono *accessioni* solamente gli accrescimenti che accadono nelle cose per l' aggregazione che si fa ad esse di altre cose estranee. Così se ad un terreno posto in prossimità di un *fiume* vi si unisca nuova terra, sia insensibilmente ed impercettibilmente, sia in una sola volta ed a vista: se nel

(1) Ved. L. 121. D. lib. 50. tit. 1. de verb. signif. L. 34. D. lib. 22. tit. 1. de usur.

(2) Arg. dalle LL. 25. § 2. e 26. D. lib. 7. lib. 7. tit. 1. de usufr. ecc.

seno di un *fiume privato* si formi un' *isola* : se sopra di un terreno si *pianti*, si *semini*, si *fabbrichi* : se ad una *veste* si cucia un pezzo di *porpora* per ornamento : se ad un *anello* di oro o di argento s' incastri una *pietra preziosa* ecc. tutti questi ed altri casi costituiscono altrettante *accessioni* (1), delle quali si discorrerà in altra parte di questo lavoro sotto un altro rapporto.

Nel numero delle *accessioni* entrano senza dubbio anche le *spese* (*impensae*). Esse si trovano divise nelle fonti in tre specie: a) *necessariae*, b) *utiles* c) *et voluptuosae*. Le *necessarie* son quelle che tendono a *conservare* la *cosa*, le *utili* ad accrescerne il *valore* , le *voluttuose* a renderla *dilettevole* : o come dice ULPIANO parlando della *dote* (*dos*), le *necessarie* son quelle senza le quali la *cosa* diverrebbe *deteriore*, le *utili* quelle senza delle quali non diverrebbe più *fruttifera* , e le *voluttuose* quelle che tralasciate non *deteriorano* la *cosa* e fatte non la *migliorano* :

> *Impensarum* species sunt *tres* : aut enim *necessariae* dicuntur, aut *utiles*, aut *voluptuosae*. *Necessariae* sunt *impensae* quibus non factis dos *deterior* futura est : veluti si quis ruinosas aedes refecerit. *Utiles* sunt quibus non factis quidem *deterior* dos non fuerit , factis autem *fructuosior* effecta est , veluti si vineta et oliveta fecerit. *Voluptuosae* sunt quibus neque omissis *deterior* dos fieret , neque factis *fructuosior* effecta est, quod evenit in viridiariis , similibusque rebus. (ULP. reg. §§ 14. a 17. tit. 6. L. 79. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

Or di qualunque natura sia la *spesa* , la *cosa* per mezzo di essa riceve sempre un accrescimento di va-

(1) Ved. Instit. lib. 2. tit. 1. §§ 20. e seg. D. lib. 41. tit. 1.

lore, poichè anche la *voluttà* contribuisce al benessere dell' uomo.

§ 4.

Continuazione — Deperimento (*deperditum*), deminuzione (*deminutum*), deteriorazione (*deterioratum*).

In sul principio di questa dottrina abbiamo veduto (1) quando e come le cose cessano di esistere, vale a dire quando non conservano più la medesima *forma*. Questo mutamento di *forma* che avviene nella *materia* fu appellato dai giureconsulti *deperditum*, ed è in questo senso solamente che le cose si dicono di *rientrare nel nulla*, o di *non esistere*, poichè la materia, come pure abbiam veduto, veniva riguardata come *indistruttibile* (2):

Deperditum intelligitur quod in *rerum natura esse desiit*. (L. 21. D. lib. 5. tit. 3. de heredit. petit).

Le cose esistenti andavano tuttavia soggette a *diminuzione* o *deteriorazione* (*deminutum, deterioratum*).

Nelle fonti non si trovano in astratto i concetti di *diminuzione* o *deteriorazione*, e in conseguenza la differenza tra l' una e l' altra; ma dai casi particolari si vede nettamente, come queste due voci non solo non erano identiche, ma non erano state adoperate senza scelta (3). La cosa si aveva per *diminuita*, quando non conservava tutte le sue parti. Così un editto del Pretore proibiva di diminuire il patrimonio del pupillo senza l' avviso degli uomini probi, e per *diminuzione* intendeva l' *alienazione* dei beni:

(1) Sezione 1 § 2.
(2) Pag. 479.
(3) Ved. Brissonio, vv. *deminuere, deterioratum*.

Ait pretor: si pupilli, pupillae, nomine postulabitur tempus ad deliberandum .... *bona* interea *deminui*, nisi si causa cognita, boni viri arbitratu, *vetabo* .... quid sit autem *deminui vetabo* videamus? His verbis praetor non tantum *alienationem* impedit: verum etiam *actiones exerceri* non patitur (L. 7. D. lib. 28. tit. 8. de jur. de lib.)

Al contrario la cosa si aveva per *deteriorata*, quando non conservava intera la propria virtù. Così uno schiavo *debilitato* per battiture o vulnerazioni si diceva *deteriorato* :

Non solum rem restitui, verum et si *deterior* res sit facta, rationem judex habere debebit. Finge enim *debilitatum* hominem, vel verberatum, vel vulneratum, restitui: utique ratio per judicem habebitur, quanto *deterior* sit factus. (L. 13. D. lib. 6. tit. 1. de rei vindic.)

Da questi ed altri casi adunque risulta che il concetto di *diminuzione* abbia relazione con la *quantità*, e quello di *deteriorazione* con la *qualità* della cosa. Tuttavia, poichè la *deteriorazione* della cosa toglie alla stessa il primitivo suo *valore*, costituisce sotto questo rapporto anche una *diminuzione*, ed è questa forse la ragione per la quale volendo determinare astrattamente il risultato dell' una e dell' altra, si usò una voce la cui etimologia mette capo nel verbo *deminuere*. Tale voce è *damnum a deminutione* :

Damnum et *damnatio* ab *ademptione* et quasi *deminutione* patrimonii dicta sunt. (L. 3. D. lib. 39. tit. 2. de damno infecto.)

In *concreto* vi è *diminuzione* o *deteriorazione* della cosa, tutte le volte che non conserva la *quantità* o la *qualità* originaria; ma non vi è egualmente *danno*, se non quando la *diminuzione* o la *deteriorazione* è la

stessa, relativamente a tutti, o sia assolutamente: se fossero tali soltanto rispetto al proprietario della cosa, non vi sarebbe giuridicamente danno, perchè nella valutazione di esse non si tien conto delle affezioni:

> **Pretia rerum non ex affectione, nec utilitate *singulorum*, sed *communiter* fungi. (L. 33. D. lib. 9. tit. 2. ad legem aquil.)**

Così il danno che soffre il padrone di un servo per l'uccisione che ne avesse fatta un terzo, si valutava non dalla stima che egli faceva dello stesso, ma da quella che avrebbe potuto riscuotere dal pubblico:

> **Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto... sed quanti omnibus valuerit (ivi).**

CAPITOLO II.

Sezione unica.

Dei FATTI (*facta*) *in ispecie* (1).

§ 1.

Concetto dei fatti.

Le voci *factum* e *facere* avevano un estesissimo significato, ed abbracciavano in conseguenza tanto quel che si opera dall' *uomo*, quanto quel che viene operato dalla *natura* (2). Ma in un significato più ristretto per *fatto* s' intendeva solo l'opera dell' *uomo*, ed all'opera della *natura* si dava il nome di *eventus* o *even-*

(1) Ved. Ahrens, lib. 11. Parte gen. del Dir. priv. Sez. 3.
(2) Ved. Muhlenbruch, § 83.

tum (1); e prendeva il nome di *casus* il *fatto* ch' è l' opera dell' *uomo*, ma avvenuto *involontariamente*.

I *fatti* possono in tutti questi significati esser presi in considerazione nei rapporti giuridici, ma in diversa maniera. Nel senso di *eventus* o di *casus* possono i *fatti* divenire *occasione* di *acquisto* o di *perdita* di diritti secondo la *volontà* dell' uomo o la *determinazione* della legge (2). Ma nell' altro significato possono essere non solo *occasione* per l' *acquisto* o *perdita* dei diritti, ma *oggetto* eziandio o *materia* di essi. Così il *testamento* ed i *contratti* come la *costruzione* di una nave sono altrettanti *fatti*; ma i *due primi* costituiscono dei *modi* di *acquistare*, ed il *terzo* è *materia* di obbligazione.

In questa parte del nostro lavoro non entrano i *fatti* se non come *oggetto* dei *diritti*. Dei *fatti* come *occasione* per *acquistarli* o *perderli*, e come *eventus* o *casus*, si deve discorrere in altro luogo (3).

Ora nel *ristretto* significato nel quale dobbiamo attualmente prendere il verbo *facere*, per *factum* s' intende qualunque *manifestazione* dell' *attività umana*, tanto in senso *positivo*, quanto in senso *negativo*.

Verbum *façere* omnem omnino *faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi* (L. 218. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signific.)

***Facere* oportere et hanc significationem habet, ut *abstineat* quis ab eo facto quod contra conventionem fieret et curaret, ne fiat (L. 189. D. ivi.)**

Nel senso *positivo* la *manifestazione* dell' *attività umana* può assumere secondo Varrone tre forme differenti, cioè *agendi, faciendi et gerendi*:

(1) Ivi.
(2) Ved. quel che diremo nel lib. IV.
(3) Ved. il lib. IV.

Tertium gradum *agendi* dicunt, ubi quid *faciunt*: in eo propter similitudinem *agendi*, et *faciendi*, et *gerendi* quidam error heis qui putant esse unum. Potest enim aliquid *facere*, et non *agere*: ut poeta *facit* fabulam et non *agit*: contra *actor agit* et non *facit*: et sic a *poeta* fabula *fit*, et non *agitur*: ab *actore agitur* et non *fit*. Contra *imperator* qui dicitur res *gerere*, in eo neque *agit* neque *facit*, sed *gerit*, id est sustinet, translatum ab heis qui onera gerunt, quod sustinent (1).

Anche i giureconsulti divisero la manifestazione dell' attività umana in tre gradi, ed è per questo motivo che distinguono tre classi di azioni, servendosi delle medesime voci di Varrone. Così si parla di *actio* e di *actus legitimus* (2), di *factio* e di *factum* (3), e di *gestio* (4). Se non che Ulpiano vi aggiunge anche il *contractus* da *contrahere*, e Gaio identifica il *factum* e la *gestio*, trovando fra queste voci una sottile differenza:

Labeo lib. 1. Praetoris urbani definit, quod quaedam *agantur*, quaedam *gerantur*, quaedam *contrahantur*. Et *actum* quidem generale verbum esse, sive *verbis*, sive *re* quid agatur: ut in stipulatione vel numeratione. Contractum autem ultro citraque obligationem quod Graeci ϛιναλλαγμα vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, societatem. *Gestum* rem significare sine *verbis* factam (L. 19. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.)

Licet inter *gesta* et *facta* videtur quaedam esse subtilis differentia: attamen καταχρυϛικως, id est, *abusive*, nihil inter *factum et gestum* interest (L. 58. D. ivi (5).

Or facendo astrazione dal numero più o meno ristretto delle *categorie* che stabilirono Varrone come

(1) De lingua lat. pag. 59 e 60.
(2) Ved. Brissonio, vv. *actio*, *actus*.
(3) Ivi, v. *factio*, *factum*.
(4) Ivi, v. *gestio*.
(5) Ved. Corvinus, comm. alle dette due leggi.

grammatico, ed ULPIANO e GAIO come giureconsulti, certo è che anche il significato non è il medesimo. Per VARRONE la differenza è nell' *essenza* stessa dell' azione, per ULPIANO e GAIO nella *forma*. Nell' ordine giuridico perciò bisogna seguire il significato che ULPIANO e GAIO attribuiscono alle suddette voci. Stando dunque a questo significato, pare che tutte le *manifestazioni* dell' *attività umana* si possano ridurre a *due classi*, avuto riguardo alla *forma*: a) A quelle che sono soggette a certe *regole prestabilite*: b) A quelle che sono abbandonate alla *libertà* dell' uomo, o che per la loro stessa natura non sono capaci di *determinazione*. Ciascuna poi di queste *due classi* par che si debba suddividere in *due altre*. Così, rispetto alla prima, se alla *manifestazione* prenda parte una *sola persona*, o *piu persone* collo *stesso interesse*, si ha un *actus*. Se vi prendano parte *più persone* con *interessi opposti*, si ha un *contractus*. E rispetto alla seconda classe, si ha il *factum* o il *gestum* secondo lo *scopo* che l' autore si propone, salvo se non si voglia con GAIO avere per *sottile* codesta differenza di *scopo*, come si vedrà nei casi particolari. Ora sotto qualunque *forma* la manifestazione si consideri, può sempre divenire *oggetto* dei *diritti*. Tuttavia la più frequente ad andarvi soggetta è quella che costituisce la seconda classe, che come abbiam veduto si appella *factum* o *gestum*. Noi per brevità ci serviremo in generale della parola *factum*, riservando la parola *gestum* ai casi particolari.

§ 2.

Modalita' *dei fatti e classificazioni che ne derivano.*

Gli *atti* ed i *contratti*, poichè vanno soggetti a *regole prestabilite*, sono sempre gli stessi; imperocchè o si compiono con quelle *regole*, e sono tutti *identici*; o si compiono a *capriccio*, e non acquistano *esistenza giuridica*. Pei *fatti* accade il *contrario*: essendo l' opera dell' *arbitrio*, prendono *forme* svariate e diverse: esse si possono come le cose ridurre a *categorie*. Le più note sono le seguenti:

a) *Fatti positivi*, *fatti negativi* (*facere*, *non facere*) (1).

b) *Fatti leciti*, *fatti illeciti o turpi*. *Leciti* si dicono i *fatti* conformi alla *morale*, alla *religione*, al *Diritto*: *illeciti* o *turpi*, quelli che sono loro contrarii:

> **Generaliter novimus *turpes stipulationes* nullius esse momenti. Veluti si quis *homicidium* vel *sacrilegium* se facturum promittat. (L. 26 e 27 D. lib. 45. tit. 1. de verb. oblig.)**
>
> **.... quod *leges fieri prohibent*, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio: veluti *si sororem suam nupturam* sibi aliquis stipuletur. Quamquam, etiam si non sit *perpetua causa*, ut recidit in sorore adoptiva, *idem dicendum* sit: quia statim *contra mores sit*. (L. 35. § 1. D. ivi).**
>
> **Si *flagitii faciendi* vel *facti* causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet. (L. 123. D. ivi).**

c) *Possibili* ed *impossibili*. La *possibilità* o *impossibilità* delle azioni o delle omissioni non si può, rigorosamente parlando, valutare se non nel rapporto delle

(1) Ved. pag. 397.

forze dell' *uomo* con le *leggi fisiche* o *naturali*. Così è reputata *impossibile* la promessa di *toccare il cielo col dito*.

Impossibilis conditio habetur, cui *natura impedimento* est *quominus existat*: veluti si ita quis dixerit: *si digito coelum titigeris* dare spondes? (Inst. lib. 3. tit. 19. § 11.)

Si stipulor, ut *id fiat*, quod *natura fieri non concedit*: non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut *detur quod dari non potest*. (L. 35. D. lib. 45. tit. 1. de verb. oblig.)

Tuttavia nell' *ordine morale* si reputa *possibile* ciò ch' è *permesso*, ed *impossibile* ciò ch' è *vietato*; imperocchè per l' *uomo onesto* è tanto *impossibile* operar contro le *leggi morali*, quanto per qualunque uomo l' operar contro le *leggi naturali*: onde il *possibile* risponde al *lecito*, e l' *impossibile* all' *illecito*.

. . . . quae *facta* laedunt *pietatem, aestimationem, verecundiam nostram*, et (ut generaliter dixerim) *contra bonos mores fiunt*: NEC FACERE NOS POSSE *credendum est*. (L. 15. D. lib. 28. tit. 7. de cond. inst.)

Di qui la distinzione che fanno gl' interpetri dei *fatti possibili* o *impossibili naturalmente*, o *moralmente* e *giuridicamente* (1). Or codesti *fatti* sebbene differiscano per l' *essenza*, vennero identificati per gli *effetti*, come risulta dalle numerose applicazioni che se ne trovano fatte nelle fonti. Così se i *fatti impossibili* o *illeciti* si pongono per *condizioni* in un *testamento*, si hanno egualmente per *non iscritti*; e se in un *contratto*, lo *annullano*.

Obtinuit, *impossibiles conditiones* testamento adscriptas, *pro nullis* habendis. (L. 3. D. lib. 35. tit. 1. de cond. et demonstr.)

Ea quae dari *impossibilia* sunt, vel *quae in rerum*

(1) DONELLO, lib. 8. cap. 12. n. 2. a 32. n. 10. DI SAVIGNY, § 121 e seg.

natura non sunt, pro non *adjectis* habentur. (L. 135. D. lib. 50. tit. 17. de reg. jur.)

Conditiones contra *Edicta Imperatorum*, aut contra *leges* aut *quae legis vicem obtinent*, scriptae, vel quae contra *bonos mores*, vel *derisoriae sunt*, aut hujusmodi, *quas Praetores improbaverunt*, *pro non scriptis habentur*: et perinde ac si *conditio* hereditati sive legato adjecta *non esset*, capitur hereditas legatumve. (L. 14. D. lib. 28. tit. 7. de cond. inst.)

Cum quis sub hac *conditione stipulatus sit*, *si rem sacram* aut *religiosam* quis vendiderit, vel *forum*, vel *basilicam*, et hujusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint, ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel id *facere ei non liceat*, *nullius momenti* fore *stipulationem*, proinde ac si ea *conditio quae natura impossibilis est* inserta esset, nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id quod nunc *impossibile* est, *postea possibile fieri*; non enim secundum *futuri temporis* jus, sed secundum *praesentis* aestimari debet stipulatio. (L. 137. § 5. D. lib. 45. tit. 1. de verb. oblig.)

d) Fatti *presenti* e *futuri*.

Cum ad *praesens tempus conditio confertur*, stipulatio non suspenditur: et si *conditio* vera sit, stipulatio tenet: quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent: veluti, si rex Parthorum *vivit*, centum millia *dare* spondes? Eadem sunt et cum in *praeteritum* conditio confertur. (L. 37. D. lib. 12. tit. 1. de reb. cred.)

e) Fatti *propri* e fatti *altrui* o *alieni*. Proprii si dicono i fatti *nostri*; *altrui* quelli dei terzi rispetto a noi. Vi ha tuttavia de' *fatti*, che sebbene abbiano per autore un *terzo*, tuttavia si considerano come *nostri*: tali sono i fatti del *defunto* rispetto agli *eredi* e *successori*, del *mandatario* rispetto al *mandante*, e nel

Diritto romano i fatti dei *filiifamilias* e dei *servi* rispetto al *paterfamilias* ed al *dominus* (1).

. . . . . . nemo . . . *alienum factum* promittendo obligatur; et ita utimur: sed *se* obligat, ne *ipse faciat*, quominus habere liceat: obligatur etiam, ne *heres suus* faciat, vel *quis caeterorum successorum* efficiat, ne habere liceat. (L. 38. D. ivi) (2).

f) Fatti *personali* e fatti *impersonali*, detti anche da taluni *fungibili* e *non fungibili*. Gli uni sono i *fatti* che *non si possono prestare* se non da chi è obbligato a *fare* per *patto* o per *legge*. Gli altri quelli che si possono prestare non solo dal *debitore*, ma da *qualunque altra persona* per conto di lui. Un esempio di questa doppia specie di *fatti* ci vien porta dalla distinzione delle opere *officiali* e *fabrili* di cui abbiamo parlato altrove (3).

Operae in rerum natura non sunt. Sed *officiales* quidem futurae *nec cuiquam alii deberi* possunt, quam patrono, cum proprietas earum, et in *edentis persona*, et in *ejus cui eduntur consistit*. *Fabriles* autem *aliaeve ejus generis* sunt, ut a *quocumque cuicumque solvi* possint. Sane enim, si in *artificio* sint, jubente patrono *et alii* edi possunt. (L. 9. D. lib. 38. tit. 1. de oper. lib.)

Per questo motivo gli uni sono *intransitivi*, gli altri *transitivi*.

Fabriles operae caeteraeque, quae quasi in *pecuniae praestatione* consistunt, ad *heredem transeunt*: *officiales vero non transeunt*. (L. 6. D. ivi).

g) Fatti *divisibili* e fatti *indivisibili*.

Stipulationum *quaedam* in *dando*, *quaedam* in *faciendo* consistunt. Et harum omnium *quaedam partium prae-*

(1) Ved pag. 239.
(2) Ved. pag. 327 e seg.
(3) Ved. pag. 59.

stationem recipiunt . . . . quaedam non recipiunt. (L. 2. D, lib. 45. tit. 1.)

Divisibili si dicono i *fatti* quando si possono eseguire per *parti* dallo stesso *debitore* o da' *suoi eredi*: *indivisibili* quando non può aver luogo la prestazione *parziale.*

Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus *genera* comprehenduntur: et ideo *divisio ejus* stipulationis non in *partes operarum*, sed in *numerum* cedit. Quod si *unam operam* servus communis stipulatus fuerit: *necesse est utrique dominorum partem operae* tantam, quantam in servo habuerit, petere; *solutio* autem *ejus* obligationis expeditissima est, si *aestimationem operae malit* libertus offerre: aut si consentiant patroni, ut his communiter operae edantur. (L. 54. § 1. D. lib. 45. tit. 1. de verb. oblig.)

Stipulationes *non dividuntur earum rerum* quae *divisionem non recipiunt*: veluti *viae, itineris*, *actus, aquaeductus,* caeterarumque servitutium. Idem puto et si *quis faciendum aliquid stipulatus sit*: ut puta *fundum tradi*, vel *fossam fodiri*, vel *insulam fabricari*, vel *operas*, vel *quid his simile*: horum enim *divisio corrumpit stipulationem.* Celsus tamen lib. 38. Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid *fieri stipulemur, si non fuerit factum*, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere *dividi stipulationem*: secundum quem Celsus ait posse dici, *juxta aestimatione facti* dandam esse petitionem. (L. 72. D. ivi).

Ex his stipulationibus (cioè a dire quae *partium praestationem non recipiunt*) *ne heredes quidem pro parte* solvendo liberari possunt . . . . non enim *ex persona heredum* conditio obligationis immutatur. (L. 2. § 2. D. ivi).

I fatti per regola sono *indivisibili,* come osserva il

Donello, perchè quel che si *fa* non può ad un tempo aversi per *fatto* e *non fatto* :

> . . . . omne *factum*, si per se spectatur, natura sua esse *individuum*. Neque enim per id tempus quo quid *facis*, licet dicere partim id te *facere*, partim non *facere* : sed omnino aut *facis* aut *non facis* : nihil est tertium (1).

Tuttavia, avuto riguardo all' *oggetto* , anche i *fatti*, come si è detto delle cose *incorporali* , diventano *divisibili* o *indivisibili* : laonde egli applica ai *fatti* la stessa regola che Connano (2) formolò per le cose *incorporali*.

> Sit haec notio et *regula factorum : ut eae res* quarum gratia *factum* instituitur , *divisionem* natura recipiunt aut non recipiunt , ita sunt *facta dividua* aut *individua*. Si *res* in totum dividi non potest , aut non potest ita ut salva maneat , *factum* quoque quod propter eum exercebitur, *individuum* erit : sin potest *res* ita *dividi*, ut post *divisionem* nihilominus salva sit, etiam *factum* quod in singulis partibus separatim exerceri potest, sic accipiatur, quasi et ipsum sit *dividuum* (3).

h) Fatti *certi*, fatti *incerti*.

> Stipulationum *quaedam certae* sunt, *quaedam incertae*. (L. 74. D. ivi).

La definizione del *certo* e dell' *incerto* applicata alle cose, di cui abbiam parlato sopra, si trova applicata anche ai fatti.

> Qui id, quod in *faciendo aut non faciendo, stipulatur*, *incertum* stipulari videtur : in *faciendo*, veluti fossam fodiri, *domum aedificari, vacuam possessionem tradi* : in non *faciendo* , veluti *per te non fieri* , quominus nihi per *fundum tuum ire agere liceat* ; *per te non fieri, quo-*

(1) Comm. alla L. 7 D. lib. 50 tit. 16 de verb. signif.

(2) Ved. pag. 497.

(3) Ivi.

minus mihi hominem Erotem habere liceat. (L. 75. § 7. D. ivi).

§ 3.

Carattere *comune a tutti i* fatti *per poter essere* oggetti *de' diritti.*

a) Parecchi scrittori moderni distinguono i fatti anche in *interni* ed *esterni*. Appellano *interni* i puri *moti* dell' *animo*; ed *esterni* questi medesimi *moti palesati* con *atti esteriori* (1). Senza dubbio il *pensare* ed il *volere* non sono che altrettante manifestazioni dell'*attività* dell' *intelletto* e della *volontà*, ma di natura *interna*, o come si dice nella scuola *immanente*, perchè non escono dall' *intelletto* e dalla *volontà* agenti. Ora anche i filosofi e giureconsulti Romani ammettevano codesta distinzione di *moti*, ma non appellavano *fatti* (*facta*) se non gli *esteriori*; ai *moti interni* davano il nome di *nude volontà* (*voluntates nudae*) (2) o *propositi* (*proposita*) (3). Perciò la distinzione di *fatti interni* ed *esterni* filosoficamente *vera* ed *esatta*, *positivamente* non trova luogo tra le *modalità* dei fatti secondo il Diritto romano. Ora anche secondo codesto Diritto i *fatti interni* de' *moderni* o le *nudae voluntates* o *proposita* de' Romani, avevano un valore puramente *morale*; ed è per questo motivo che tanto nel *Diritto privato* quanto nel *Diritto pubblico*, non avevano alcuna importanza pratica, qualunque fosse la natura di essi. Noi ne troviamo l' applicazione nel *Diritto penale*.

(1) Ved. Ahrens, Enciclop. giurid. l. c.
(2) Ved. il testo seguente.
(3) Ved. la L. 174. D. lib. 50. tit. 16. de verb. signif.

Facta sola censenda atque in *judicium* vocanda ; sed *voluntates nudas inanesque*, neque legibus neque poenis fieri *obnoxias* (1).

Fugitivus est , non is qui *solum consilium* fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum jactaverit; sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit: nam et furem, adulterum, aleatorem, quamquam aliqua significatione ex *animi propositione* cujusque sola quis dicere posset : ut etiam is qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam alienam matremfamilias corruperit , si modo ejus mentis sit ut occasione data id commissurus sit : tamen oportere eadem haec crimina *assumpto actu intelligi :* et ideo fugitivum quoque et erronem non secundum *propositionem* solam, sed cum *aliquo actu intelligi* constat. (L. 225 D. lib. 50 tit. 16. de verb. signif.)

Adunque uno dei caratteri *comuni* di tutti i *fatti* per poter essere *oggetti* o *materia* de' *diritti* è la *esteriorità* della manifestazione dell'*umana attività* fuori dell' individuo che ne è l'autore, o come volgarmente si dice, nel mondo esteriore. Insomma il fatto per essere *giuridico* dev' essere *esterno*. Non è già che basti l' *esteriorità* del fatto nel senso ora detto perchè diventi *giuridico* ; ma è necessario che prima di palesarsi *esternamente* sia stato *inteso* e *voluto* ; imperocchè sono egualmente sottratti all' impero del diritto come *nude intenzioni* e come *atti puramente materiali* ; o in altri termini, perchè il fatto sia *giuridico* debba essere stato prima *morale* (2).

b) Un altro *carattere comune* concerne la *valutazione* del fatto. Nel *Diritto pubblico* anche i *fatti* non *valutabili economicamente* cadono sotto l' impero della

(1) Noct. Att. lib. 7. cap. 3.
(2) Ved. AHRENS, l. c.

legge positiva. Ma nel *Diritto privato* non si hanno per obbligatorii se non quei *fatti* i quali sono capaci di essere surrogati da una somma di danaro (*pecunia*), la quale si possa attribuire a colui che aveva interesse all' attuazione di un fatto sia *positivo* sia *negativo*, e ne fu privato per opera di colui che vi era tenuto per legge o per contratto espresso o tacito.

Ea in *obligatione* consistere, quae *pecunia* lui praestarique possunt; libertas autem *pecunia* lui non potest, nec reparari potest. (L. 9 § 2 D. lib. 40 tit. 7 de statu lib.)

Imperocchè *razionalmente* niuno può essere costretto a compiere in *natura* un *fatto* o ad astenersi dal compierlo, sia colla forza *fisica*, sia colla *morale*, o come si dice nella scuola, *nemo precise ad factum cogi potest*. Ma non è neanco *razionale* che egli si sottragga all' adempimento della sua obbligazione mediante un ingiusto rifiuto. Perciò di qualunque maniera un *fatto* divenga materia di un rapporto giuridico, debba essere *valutabile economicamente*, affinche colui che non l' adempia senza giuste ragioni, possa essere condannato alla riparazione de' danni verso colui che vien privato dell' utile del quale il fatto era capace secondo le circostanze (1). In questo senso sono concepiti i seguenti frammenti:

.... Ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere. (L. 72. D. lib. 45. tit. 1. de verb. obl.)

Si quis.... non facit quod promisit, in pecuniam numeratam comdemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus (L. 13. § 1. D. lib. 42. tit. 1. de re indic.)

FINE DEL PRIMO VOLUME

(1) Ved. DONELLO, com. alla L. 11. D. lib. 42. tit. 1. (de re jud.)

INDICE

LIBRO I.

de' *soggetti* de' diritti

LIBRO II.

OGGETTI DE' DRITTI

FINE